DER VORBEHALT DES GESETZES, INSBESONDERE BEI ÖFFENTLICHEN LEISTUNGEN UND ÖFFENTLICHEN EINRICHTUNGEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

WALTER CLEMENT
aus Heilbronn

1987

SOFORT-DRUCK TÜBINGEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543904_0002

DER VORBEHALT DES GESETZES, INSBESONDERE BEI ÖFFENTLICHEN LEISTUNGEN UND ÖFFENTLICHEN EINRICHTUNGEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

WALTER CLEMENT
aus Heilbronn

1987

SOFORT-DRUCK TÜBINGEN

D 21

Dekan:	Professor Dr. Wolfgang Graf Vitzthum
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Günter Püttner
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Martin Heckel
Tag der mündlichen Prüfung:	11. Juni 1987

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis VII

Kapitel I: Einführung 1

Kapitel II: Die Geschichte des Vorbehalts des Gesetzes 4

1. Die politischen Bestrebungen in der Monarchie 4
2. Der ursprüngliche verfassungsrechtliche Zweck des Vorbehalts 6
3. Der Schutzbereich des Vorbehalts und die parlamentarische Zustimmung in der konstitutionellen Monarchie 7
4. Das Vorbehaltsverständnis in der Weimarer Reichsverfassung 11
5. Das Vorbehaltsverständnis zu Beginn der Geltung des Grundgesetzes 13

Kapitel III: Der Vorbehalt des Gesetzes im ursprünglichen Sinne unter der Geltung des Grundgesetzes sowie der Versuch eines Totalvorbehalts 17

1. Der nicht erweiterte Begriff und seine eventuelle Verankerung in der Verfassung 17
2. Das Vorbehaltsverständnis des Grundgesetzes bei dem noch nicht wesentlich erweiterten Begriffsdenken 20
3. Das Freiheitsprinzip 25
4. Das Rechtsstaatsprinzip 27
5. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 29
6. Das Demokratieprinzip 31
7. Der Sozialstaatsgrundsatz 33
8. Der Totalvorbehalt als Folge des veränderten Vorbehaltsverständnisses 34
9. Der Bestimmtheitsgrundsatz 40
10. Verschiedene Typen des Vorbehalts 46
11. Die Regelungsfähigkeit und -bedürftigkeit sowie deren Folgen 48

Kapitel IV: Gehören den Bürger begünstigende hoheitliche Regelungen zum Vorbehaltsbereich? 50

1. Die veränderte Verfassungs- und Sozialstruktur bringt neue Aufgaben 50
2. Bei der Gesetzgebung steht nicht mehr die Abgrenzung des Eingriffs von der Leistung im Vordergrund, sondern vorrangig sind heute die Sozialabläufe 52
3. Zur Klarstellung der Funktion der Subvention als der in der Diskussion bedeutendsten Art einer Leistungsgewährung 53
4. Bewegliches, aber geregeltes Handeln? 57
5. Widerspricht eine Normierungspflicht nicht den realen Anforderungen auf einigen Sachgebieten, bei denen rasches Handeln nötig ist (Notfälle)? 59
6. Leistungsaufgaben, die stets einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen (Schaffung ganzer Leistungssysteme) 61
7. Führt ein erweiterter Vorbehalt nicht zu einer noch größeren Überlastung der Legislative? 62
8. Wird der Freiheitsraum der Exekutive nicht zu stark eingeschränkt? 63
9. Verbietet der Gewaltenteilungs- (bzw. der Gewaltenhemmungs-)Grundsatz die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips? 65
10. Ist die Erweiterung des Rechtsschutzbedürfnis von Bedeutung? 68
11. Kann die Art der Veröffentlichung hoheitlicher Leistungsangebote ein zweckmäßiger Grund zur Erweiterung des Vorbehaltsprinzips sein? 70
12. Fodert die Konkretisierung der Leistung einen erweiterten Vorbehalt? 72
13. Liefern Artikel 1 Absatz 3 Grundgesetz oder der Wortlaut in der Verfassung einen Beitrag zum Meinungsstreit? 73

14. Wird nicht bereits durch den Vorrang des Gesetzes eine Erweiterung des Vorbehaltsprinzips überflüssig? 74
15. Welchen Einfluß kann eine interessengerechte Entscheidung auf die Erweiterung ausüben? 75
16. Erfüllt der Gleichheitssatz nicht dieselben Dienste wie die Vorbehaltserweiterung? 76
17. Rechtfertigt die Unterscheidung von Eingriff und Leistung eine unterschiedliche Handhabung des Vorbehaltsprinzips 79
18. Ist es der Exekutive möglich, "Geschenke" ohne Vorbehalt zu gewähren? 88
19. Wie verhalten sich die weiteren rechtsstaatlichen Erwägungen zur Erweiterung des Vorbehaltsprinzips? 90
20. Berechtigt bereits das allgemeine Demokratieprinzip zur Erweiterung des Vorbehaltsgrundsatzes? 91
21. Liegt die politische Führungsrolle beim Gesetzgeber? 94
22. Welche Auswirkungen hat das Sozialstaatsprinzip auf die heutige Vorbehaltslehre? 95
23. Ist die derzeitige Situation bei der historischen Auslegung entscheidend zu berücksichtigen? 99
24. Sind Verfahren, Organisation und Zuständigkeiten zum Vorbehaltsbereich der Leistungsverwaltung zu zählen? 99
25. Zwischenergebnis 103
26. Genügen bei der Leistungsverwaltung das Haushaltsgesetz oder sonstige parlamentarische Willensäußerungen den Ansprüchen des Vorbehaltsprinzips? 104
27. Überzeugen die Gründe, die auch im Bereich der Leistungsverwaltung neben dem Haushaltsgesetz eine materielle Ermächtigungsgrundlage fordern? 110

Kapitel V: Die Wesentlichkeitstheorie 118
1. Entscheidung für die Wesentlichkeitstheorie 118

2. Die Verfassungsprinzipien als Grundlagen der Wesentlichkeitstheorie und somit des Vorbehaltsprinzips 123
a) Der rechtsstaatliche Einfluß 123
b) Der demokratische Einfluß 125
c) Der demokratische Einfluß bei Artikel 80 Absatz 1 Grundgesetz 130
d) Schlußanmerkung 131
3. "Wesentlich" - "unwesentlich", die Begriffsbestimmung als Abgrenzungsproblem 131
4. Der Bestimmtheitsgrundsatz 137
5. Gilt der Bestimmtheitsgrundsatz auch beim Satzungsrecht der Selbstverwaltungskörperschaften? - Zugleich ein Beitrag zum Satzungsvorbehalt 141
6. Unwesentliches 147
7. Der Einfluß der Grundrechte 149
8. Die Betroffenheit von der Maßnahme (Intensität hoheitlichen Handelns) 152
9. Die individuelle Rechtsstellung des Betroffenen 154
10. Das Grund- und Betriebsverhältnis als Abgrenzungsmerkmal? 155
11. Bedürfen Organisations- (einschließlich Verfahrens-)Regelungen grundsätzlich keiner Entscheidung durch das Parlament (bzw. das kommunale Repräsentativorgan)? 161
12. Gehören unmittelbare Rechtsfolgen regelmäßig zu den wesentlichen hoheitlichen Entscheidungen? 167
13. Die Bedeutung der Gemeinschaftsinteressen als Abgrenzungsanzeichen 170
14. Die Differenzierung nach Rechtsgebieten als Anhaltspunkt für den Vorbehalt des Gesetzes 172
15. Die Dauer der Maßnahmen als Abgrenzungsanzeichen 174
16. Sind politisch aktuelle Themen regelmäßig auch wesentlich? 176
17. Kann eine Bezugnahme auf die politischen Beziehungen in Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz als Abgrenzungsanzeichen nutzbar

gemacht werden? 179
18. Die Bedeutung der finanziellen Auswirkungen auf den Vorbehaltsbereich 183
19. Die Neuartigkeit als Abgrenzungsanzeichen? 188
20. Wirkt sich die Flexibilität der Maßnahme auf den Vorbehaltsbereich aus? 190
21. Weitere allgemeine Unterscheidungen als Abgrenzungsanzeichen? 192
22. Zusammenfassung der brauchbaren Abgrenzungsanzeichen 195
a) Abgrenzungsanzeichen, die sowohl für den Vorbehalt des Gesetzes bzw. den Satzungsvorbehalt als auch für den Grad der Bestimmtheit des Vorbehalts heranzuziehen sind 195
b) Abgrenzungsanzeichen, die lediglich beim erforderlichen Bestimmtheitsgrad einer Regelung heranzuziehen sind 197
c) Abschlußanmerkung 197
Kapitel VI: Die Werttheorie als Hilfsmittel der Wesentlichkeitstheorie? 199
1. Das Grundgesetz als Wertordnung 199
2. Welche Aussagefunktion obliegt dem Wertbegriff? 201
3. Sind die Werte zeitlos oder wandelbar? 202
4. Einflußfaktoren der Wertermittlung 205
5. Das Beispiel des Einflusses der christlichen Soziallehre auf den Wertgehalt der Güter 207
6. Ermittlung von Rangverhältnissen 211
7. Die Kritik an einer wissenschaftlichen und gesellschaftlich verbindlichen Wertethik 214
Kapitel VII: Die Organisationsgewalt 219
1. Der Begriff 219
2. Geschichtliche Entwicklung 222
3. Begründungen der Organisationsgewalt (bzw. des besonderen Gewaltverhältnisses) 224
4. Umfang der Organisationsgewalt 228
5. Zulassung, Kreis der Benutzer, Rechtsschutz 231
6. Kritik 232
7. Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung 236

8. Schlußanmerkung 240

Kapitel VIII: Auswirkungen der Wesentlichkeitstheorie - Beispiele in Form von Fallgruppen 242

1. Die Errichtung und Aufhebung von Behörden bzw. öffentlichen Einrichtungen 243
2. Delegation und Vertretungsregeln 247
3. Öffnungs- und Besuchszeiten 249
4. Zwangsmittel und Sanktionen im allgemeinen 259
5. Nutzungsregelungen öffentlicher Einrichtungen, insbesondere Rauchverbote, Funktionsstörungen, Zulassungsbestimmungen und Kapazitätsbegrenzungen 262
6. Abgabenregelungen 269
7. Fürsorgepflichten und Haftungsausschluß 271

Kapitel IX: Thesen 273

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Achterberg, Norbert, "Probleme der Funktionenlehre", München 1970

Albert, Hans "Wissenschaft und Politik - Zum Problem der Anwendbarkeit einer wertfreien Sozialwissenschaft" in "Probleme der Wissenschaftstheorie", Festschrift für Viktor Kraft, herausgegeben von Ernst Topitsch, Wien 1960, Seite 201 ff (zit.: Wissenschaft und Politik)

- "Ethik und Meta-Ethik - Das Dilemma der analytischen Moralphilosophie" in "Werturteilsstreit", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 472 ff (zit.: Ethik)

Arndt, Adolf "Gesetzesrecht und Richterrecht", Festvortrag auf dem 32. Deutschen Anwaltstag in Goslar am 30. Mai 1963, NJW 1963, 1273 ff

Bachof, Otto "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates", VVDStRL 12 (1954), 37 ff (zit.: Rechtsstaat)

- "Gesetzgeber und Verwaltung - 3. Aussprache und Schlußworte", VVDStRL 24 (1966), 224 ff (zit.: Gesetzgeber und Verwaltung)
- "Verwaltungsrecht II - Organisations- und Dienstrecht - Ein Studienbuch", herausgegeben von Hans J. Wolff und Otto Bachof, 4. Auflage, München 1976; Bachof hat die §§ 93 und 101 bearbeitet (zit.: Verwaltungsrecht II)
- "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 217 ff (zit.: Verwaltungsvorbehalt)
- "Die öffentliche Anstalt - Aussprache", VVDStRL 44 (1986), 248 ff (zit.: Anstalt)

Badura, Peter "Rechtsetzung durch Gemeinden", DÖV 1963, 561 ff (zit.: Rechtsetzung durch Gemeinden)

- Stellungnahme zu Konrad Huber "Maßnahmengesetz und Rechtsgesetz - Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff", AöR 91 (1966), 135 ff (zit.: Maßnahmen und Rechtsgesetz)
- "Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat", DÖV 1966, 624 ff (zit.: Daseinsvorsorge)

- "Staatsrecht - Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland", München 1986 (zit.: Staatsrecht)
- "Die öffentlichrechtliche Anstalt - Aussprache", VVDStRL 44 (1986), 248 ff (zit.: Anstalt)

Battis, Ulrich "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 247 f

Becker, Bernd "Zentrale nichtministerielle Organisationseinheit der unmittelbaren Bundesverwaltung", VerwArch 69 (1978), 149 ff

Bellstedt, Christoph, "Bedürfen Subventionen gesetzliche Grundlage?", DÖV 1961, 161 ff

Bethge, Herbert "Parlamentsvorbehalt und Rechtsatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung", NVwZ 1983, 577 ff

Bettermann, Karl August, "Freiheit unter dem Gesetz - Die Bundesrepublik Deutschland als demokratischer und sozialer Rechtsstaat", Berlin 1962 (zit.: Freiheit)
- "Grenzen der Grundrechte", 2. unveränderte Auflage, Berlin, New York 1976 (zit.: Grenzen der Grundrechte)

Bleckmann, Albert, "Subventionsrecht", Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung - Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland" in "Schriften zum öffentlichen Recht", Band 18, Berlin 1964 (zit.: Organisationsgewalt)
- "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", NJW 1974, 1529 ff (zit.: Grundrechtstheorie)

Bosse, Wolfgang Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 15.11.74 - VII C 12.74, DÖV 1975, 350 ff

Breuer, Rüdiger "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 220 f (zit.: Verwaltungsvorbehalt)
- "Die öffentliche Anstalt", VVDStRL 44 (1986), 211 ff (zit.: Anstalt)

Brohm, Winfried "Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis", DÖV 1964, 238 ff (zit.: Verwaltungsvorschriften)

- "Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung", VVDStRL 30 (1972), 245 ff (zit.: Verwaltungsrecht)

Bullinger, Manfred, Buchbesprechung in "Politische Vierteljahresschrift (PVS)" 1961, 87 ff (zit.: Buchbesprechung)

- "Vertrag und Verwaltungsakt - Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht" in "res publica" Band 9, Stuttgart 1962 (zit.: Vertrag und Verwaltungsakt)

- "Gesetzgeber und Verwaltung - 3. Aussprache und Schlußworte", VVDStRL 24 (1966), 239 ff (zit.: Gesetzgeber und Verwaltung)

Campenhausen, Axel, von, "Grundwerte in Staat und Gesellschaft" in "Grundwerte in Staat und Gesellschaft", herausgegeben von Gunter Gorschenek, Seite 190 ff, München 1977

Czermak, Fritz "Gesetzmäßigkeit der Subventionsgewährung", NJW 1961, 1760

Degenhart, Christoph, "Der Verwaltungsvorbehalt", NJW 1984, 2184 ff

Denninger, Erhard, "Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung - Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts", JZ 1975, 545 ff (zit.: Freiheitsordnung)

- "Die öffentliche Anstalt - Aussprache", VVDStRL 44 (1986), 248 ff

Dietze, Lutz "Verfassungsfragen lernzielorientierter Curricula", DVBl 1975, 389 ff

Dubislav, Walter, "Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze" in "Werturteilsstreit", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 439 ff

Dürig, Günter "Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat", JZ 1953, 193 ff (zit.: Verfassung und Verwaltung)

- "Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemein politischen Maßnahmen", AöR 79 (1953/54), 57 ff (zit.: Generalermächtigung)

- "Nochmals zum Problem von Art. 2 Abs. 1 GG", NJW 1954, 1394 f (zit.: Zum Problem von Art. 2)

- "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde - Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte

aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", AöR 81 (1956), 117 ff (zit.: Menschenwürde)

- "Grundgesetz", Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig und Roman Herzog, München Loseblattsammlung (zit.: Kommentar)

Eberle, Carl-Eugen, "Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt - Erkenntnisse und Folgerungen aus der jüngeren Verfassungsrechtsprechung", DÖV 1984, 485 ff

Ehmke, Horst "Verfassungsrechtliche Fragen einer Reform des Pressewesens" in der Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1969, Seite 77 ff

Ellwein, Thomas "Gesetz, Regierung, Verwaltung" in "Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland", herausgegeben von Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Berlin, New York 1983, Seite 1093 ff

Erichsen, Hans-Uwe, "Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß - Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Rechtsbindung, Rechtswidrigkeit und Rechtsschutz im Bereich staatlicher Eingriffsverwaltung", Frankfurt a. M. 1971 (zit.: Grundlagen)

- "Grundrechtseingriffe im besonderen Gewaltverhältnis", VerwArch 63 (1972), 441 ff (zit.: Eingriffe)
- "Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung - Rückschau und Ausblick" in "Fortschritte des Verwaltungsrechts", Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, Seite 219 ff (zit.: Verwaltungsrecht)
- "Geltung und Reichweite von Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt. Zur Regelungskompetenz im Schulverhältnis. Das Recht auf Bildung", VerwArch 67 (1976), 93 ff (zit.: Vorbehalt)
- "Zum Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung nach dem Grundgesetz", VerwArch 1970 (1979), 249 ff (zit.: Gesetzgebung und Verwaltung)

Erichsen, Hans-Uwe und Knoke, Ulrich, "Organisation bundesunmittelbarer Körperschaften durch die Länder?", DÖV 1985 53 ff (zit.: Erichsen/Knoke)

Ermacora, Felix "Die Organisationsgewalt", VVDStRL 16 (1958), 191 ff

Fechner, Erich "Die soziologischen Grenzen der Grundrechte - Versuch einer Ordnung der einwirkenden Kräfte zum Zweck ihrer besseren Beherrschung" in "Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart", Tübingen 1954

Feigl, Herbert "Validation und Vindikation - Eine Analyse über den Charakter und die Grenzen von ethischen Argumenten" in "Werturteilsstreit", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 417 ff

Fleiner, Fritz "Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts", 8. Auflage, Zürich 1939

Forsthoff, Ernst, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 24.10.1956 - VC 236/54, DVBl 1957, 724 ff (zit.: Anm. zum BVerwG)

- "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Hans Barion, Ernst Forsthoff und Werner Weber, Berlin 1959, Seite 35 ff (zit.: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes)
- "Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung" in "Der Staat" Band 2 (1963), 385 ff (zit.: Der introvertierte Rechtsstaat)
- "Von der Staatsrechtswissenschaft und der Rechtsstaatswissenschaft" in "Studium Generale" Band 21, Berlin, Heidelberg, New York 1968, Seite 692 ff (zit.: Staatsrecht und Rechtsstaat)
- "Lehrbuch des Verwaltungsrechts", 1. Band: "Allgemeiner Teil", 10. neubearbeitete Auflage, München 1973 (zit.: Verwaltungsrecht)

Friauf, Karl Heinrich, "Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens", DVBl 1966, 729 ff (zit.: Subventionswesen)

Friesenhahn, Ernst, "Parlament und Regierung im modernen Staat", VVDStRL 16 (1958), 9 ff (zit.: Parlament und Regierung)

- "Der Wandel des Grundrechtsverständnisses" in "Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages in Hamburg 1974", Band 2, München 1974, Seite G 1 ff (zit.: Wandel)

Frotscher, Werner, "Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang" in "Schriften zum deutschen Kommunalrecht", Band 4, Siegburg 1974

Frowein, Jochen A., "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 222

Fuß, Ernst-Werner, "Verwaltung und Schule", VVDStRL 23 (1966), 199 ff (zit.: Verwaltung und Schule)

- "Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger - Zum Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis", DÖV 1972, 765 ff (zit.: Kontaktverhältnisse)

Gallwas, Hans-Ulrich, "Der Mißbrauch von Grundrechten", Berlin 1967 (zit.: Mißbrauch)

- "Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte", Berlin 1970 (zit.: Faktische Beeinträchtigungen)

Geiger, Theodor "Das Werturteil - Eine ideologische Aussage" in "Werturteilsstreit", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 33 ff

Geiger, Willi "Grundwerte und Grundrechte in der Spannung zwischen Kontinuität und Veränderung", herausgegeben vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz 1980, Seite 21 ff

Geitmann, Roland "BVerfG und 'offene' Normen - Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse" in "Schriften zum öffentlichen Recht", Band 154, Berlin 1971

Giacometti, Zaccaria, "Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts", 1. Band, Zürich 1960

Gönnenwein, Otto, "Gemeinderecht", Tübingen 1963

Goerlich, Helmut, "Wertordnung und GG - Kritik einer Argumentationsfigur des BVerfGs", Baden-Baden 1973

Götz, Volkmar "Recht der Wirtschaftssubventionen", München, Berlin 1966

Gröpl, Erhard "Gesetzesfreie Verwaltung und Grundgesetz", Bay VBl 1962, 193 ff

Gröttrup, Hendrik, "Die kommunale Leistungsverwaltung", 2. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1976

Groß, Rolf "Zur Auslegung des Art. 107 der Hessischen Verfassung", DÖV 1962, 54 ff (zit.: Auslegung)

- "Die Rechtsqualität der Sonderverordnungen für besondere Gewaltverhältnisse und Organisationsbestimmungen", NJW 1969, 2186 f (zit.: Sonderverordnungen)

Haak, Dieter "Das Hausrecht an Behördengebäuden", DVBl 1968, 134 ff

Häberle, Peter "Berufsgerichte als 'staatliche' Gerichte - Gedanken zum Beschluß des BVerfG vom 24.11.64", DÖV 1965, 369 ff (zit.: Berufsgerichte)

- "Berufs'ständische' Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung - Zur Facharztentscheidung des BVerfG vom 9.5.1972", DVBl 1972,909 ff (zit.: Satzungsautonomie)
- "Wertpluralismus und Wertewandel heute - Eine interdisziplinäre Veranstaltung zur 10-Jahres-Feier der Universität Augsburg" in "Schriften der philosophischen Fakultät der Univérsität Augsburg", Band 23, herausgegeben von Josef Becker, Ilse Lichtenstein-Rother und Hugo Stopp, München 1982, Seite 75 ff (zit.: Wertpluralismus)
- "Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG - Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt" in "Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen", Band 21, 3. Auflage, Heidelberg 1983 (zit.: Wesensgehaltsgarantie)

Hamann, Andreas "Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung", NJW 1956, 1 ff (zit.: Organisationsgewalt)

- "Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen", NJW 1956, 1422 ff (zit.: Wirtschaftswerbung)
- "Autonome Satzung und Verfassungsrecht", Heidelberg 1958 (zit.: Satzung)
- "Zur Problematik des Subventionsrechts", DVBl 1963, 486 ff (zit.: Subventionsrecht)

Hammel, Walter "Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat - Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung", Berlin 1957

Hansen, Hans-Jürgen, "Fachliche Weisung und materielles Gesetz - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Gewaltenteilung, zum Gesetzmäßigkeitsprinzip und zum Vorbehalt des (formellen) Gesetzes", Hamburg 1971

Hartmann, Nicolai, "Ethik", 2. Auflage, Berlin, Leipzig 1935

Heinrichs, Helmut, "Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz ... ", 46. Auflage, München 1987

Henke, Norbert "Gedanken zum Vorbehalt des Gesetzes - Ein Beitrag aus sozialrechtlicher Sicht, AöR 101 (1976), 576 ff

Henke, Wilhelm "Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei", DVBl 1964, 649 (zit.: Subjektives Recht auf Eingreifen der Polizei)

- "Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht" unter Mitarbeit von Eva Richter und Roland Voigt, Tübingen 1979 (zit.: Subventionen)

Henze, Karl-Otto, "Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater", Heidelberg 1958

Herrfahrdt, Heinrich, "Gesetzgeber und Verwaltung" - 3. Aussprache und Schlußworte", VVDStRL 24 (1966), 238 f

Herzog, Roman "Gesetzgeber und Verwaltung", VVDStRL 24 (1966), 183 ff (zit.: Gesetzgeber und Verwaltung)

- "Grundgesetz", Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig und Roman Herzog, München Loseblattsammlung (zit.: Kommentar)

Hesse, Konrad "Grenzen der Verfassungswandlung" in Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973 (zit.: Verfassungswandlung)

Hettlage, Karl M., "Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung", VVDStRL 14 (1956), 2 ff

Hippel, Eike, von, "Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte" in "Schriften zum öffentlichen Recht, Band 19, Berlin 1965

Huber, Ernst Rudolf, "Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789", Band 3: "Bismarck und das Reich", Stuttgart 1963 (zit.: Verfassungsgeschichte)

Hufen, Friedhelm "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 251 f

Imboden, Max "Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung", Basel, Stuttgart 1954 (zit.: Das Gesetz)

- "Der verwaltungsrechtliche Vertrag" in "Baseler Studien zur Rechtswissenschaft", Heft 48, Basel 1958 (zit.: Verwaltungsrechtlicher Vertrag)
- "Verwaltung durch Subventionen - Aussprache und Schlußworte", VVDStRL 25 (1967), 424 f (zit.: Subvention)

Ipsen, Hans Peter, "Öffentliche Subventionierung Privater", Berlin, Köln 1956 (zit.: Öffentliche Subventionierung)

- "Die Organisationsgewalt - Aussprache", VVDStRL 16 (1958), 257 ff (zit.: Organisationsgewalt)
- "Verwaltung durch Subvention", DÖV 1966, 825 ff (zit.: Verwaltung durch Subvention)
- "Verwaltung durch Subvention", VVDStRL 25 (1967), 257 ff (zit.: Subvention)

Ipsen, Jörn "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 246 f (zit.: Verwaltungsvorbehalt)

Isensee, Josef "Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens - Verfassungsrechtliche Überlegung zu einer sozialethischen Kontroverse", NJW 1977, 545 ff

Jacobi, Ernst "§ 77 Die Rechtsverordnungen", HDStR 2. Band, Tübingen 1932, Seite 236 ff

Jesch, Dietrich "Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungsverordnungen - Zum Beschluß des BVerfGs vom 6. Mai 1958 2 BvL 37/57, 11/57", AöR 84 (1959), 74 ff (zit.: Verwaltungsverordnungen)

- "Zur Festschrift für Hans Huber", Der Staat Band 1 (1962), 107 ff (Festschrift)
- Anmerkung zum Urteil des BayVGH vom 17.3.1961 - Nr. 51 IV 57, DÖV 1962, 428 ff (zit.: Anm. zum BayVGH)
- "Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgesetzgebung contra legem?", JZ 1963, 241 ff (zit.: Auslegung)
- Anmerkung zum Urteil des BVerwGs vom 28.9.1961 - II C 168.60, JZ 1963, 366 f (zit.: Anm. z. BVerwG)

- "Gesetz und Verwaltung - Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips" in "Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen" Band 2, 2. unveränderte Auflage, Tübingen 1968 (zit.: Gesetz und Verwaltung)

Karehnke, Helmut, "Subventionen und ihre Kontrolle - Möglichkeit und Grenzen", DÖV 1975, 623 ff

Kellner, Hugo "Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis", DÖV 1963, 418 ff

Kempf, Eberhard "Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis", JuS 1972, 701 ff

Kiess, Adolf "Rechtsverordnung und Satzung - Unterschiede und Stellung im geltenden Verfassungsrecht", Stuttgart 1961

Kimminich, Otto "Die Entwicklung des öffentlichen Wertbewußtseins und die Verantwortung des Staates", herausgegeben vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz 1980, Seite 5 ff

Kisker, Gunter "Zuständigkeiten des Parlaments für politische Wertentscheidungen", ZParl 9, 53 ff (zit.: Zuständigkeiten)

- "Abteilung Schule im Rechtsstaat - Diskussion" in "Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages 1976 in Stuttgart", Band 2, München 1976, Seite M 82 f (zit.: Diskussion)
- "Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes", NJW 1977, 1313 ff (zit.: Vorbehalt)

Klein, Franz "Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland", 6. Auflage, herausgegeben von Bruno Schmidt-Bleibtreu und Franz Klein, Neuwied, Darmstadt 1983 (zit.: Kommentar)

Klein, Friedrich "Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht" in "Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat", bearbeitet von W. E. Genzer und W. Einbeck, Frankfurt 1952, Seite 7 ff

Klein, Hans H. "Zur Revision des Grundgesetzes: Erwägungen der Enquête-Kommission, Verfassungsreform des Deutschen Bundestages zu einer Neufassung des Art. 80 GG", DÖV 1975, 523 ff (zit.: Revision des GG)

- "Die Grundrechte im demokratischen Staat", Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1972 (zit.: Grundrechte)

Kloepfer, Michael, "Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel", JZ 1984, 685 ff

Knemeyer, Franz-Ludwig, "Die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden - anhand ausgewählter Entscheidungen exemplarisch dargestellt für den Anschluß- und Benutzungszwang und dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit" im "Materialien zum öffentlichen Recht", Band 5, herausgegeben von Peter Badura, Stuttgart, München, Hannover 1973 (zit.: Öffentliche Einrichtungen)

Kniess, Wolfgang, "Die Überlassung gemeindlicher Räume an politische Parteien", BayVBl 1968, 230 ff

Köttgen, Arnold "Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalten", VVDStRL 6 (1929), 105 ff (zit.: Öffentliche Anstalten)

- "Subventionen als Mittel der Verwaltung", DVBl 1953, 485 ff (zit.: Subventionen)
- "Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz", DVBl 1955, 445 ff (zit.: Satzungsrecht)
- "Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber", Stuttgart 1957 (zit.: Die Gemeinde)
- "Die Organisationsgewalt", VVDStRL 16 (1958), 154 ff (zit.: Organisationsgewalt)
- "Fondsverwaltung in der Bundesrepublik - Zur Rolle des Haushalts in einem Verwaltungsstaat", Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965 (zit.: Fondsverwaltung)

Kopp, Ferdinand O., "Rechtsnatur der Aufhebung und Verlegung von Verwaltungsbehörden", DÖV 1965, 267 ff (zit.: Verwaltungsbehörden)

- "Grenzen der Gesetzgebung und der Rechtskontrolle im Bereich der öffentlichen Verwaltung", BayVBl 1983, 673 ff (zit.: Grenzen)

Kourim, Günther "Wertanalyse - Grundlagen, Methoden, Anwendungen", München, Wien 1968

Kraft, Viktor "Die Grundlagen einer wirtschaftlichen Wertlehre", 2. Auflage, Wien 1951 (zit.: Grundlagen)

- "Wertbegriffe und Werturteile" in "Werturteilsstreit", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 44 ff (zit.: Wertbegriffe)

Krebs, Walter "Vorbehalt der Gesetze und Grundrechte - Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des GGes", Berlin 1975 (zit.: Vorbehalt und GG)

- "Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes", Jura 1979, 304 ff (zit.: Vorbehalt)

Kriele, Manfred "Staatslehrertagung in Graz vom 12. bis 15. Oktober 1966", DÖV 1966, 821 ff

Krüger, Herbert "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft - Rechtsreform und Rechtsschutz - Aussprache", VVDStRL 11 (1954), 137 ff (zit.: Intervention)

- "Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung", DVBl 1955, 450 ff (zit.: Auflage)

- "Die Organisationsgewalt - Aussprache", VVDStRL 16 (1958), 253 ff (zit.: Organisationsgewalt)

Kunze, Richard "Gemeindeordnung für Baden-Württemberg", Kommentar von Richard Kunze, Otto Bronner und Alfred Katz, 4. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz Loseblattsammlung

Lässig, Curt Lutz, "Die Vergabe von Standplätzen auf kommunalen Volksfesten", NVwZ 1983, 18 ff

Lange, Klaus "Die öffentlichrechtliche Anstalt", VVDStRL 44 (1986), 169 ff

Lerche, Peter "Übermaß und Verfassungsrecht - Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit", Köln, Berlin, München, Bonn 1961 (zit.: Übermaß und Verfassungsrecht)

- "Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen", NJW 1961, 1758 ff (zit.: Subventionen)

Listl, Josef "Die Entscheidungsprärogative des Parlaments für die Errichtung von Kernkraftwerken", DVBl 1978, 10 ff

Löwer, Wolfgang "Die öffentliche Anstalt", DVBl 1985, 928 ff

Loschelder, Wolfgang, "Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung - Zur Institutionalisierung der engeren Staat/Bürger-Beziehung", Köln, Berlin, Bonn, München 1982

Lukas, Rosemarie "Grundrechtsschutz und 'Gemengelage' bei der Benützung öffentlicher Gemeindeeinrichtungen", BayVBl 1973, 311 ff

Mallmann, Walter "Schranken nichthoheitlicher Verwaltung", VVDStRL 19 (1961), 165 ff

Maunz, Theodor "Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung", VVDStRL 14 (1956), 37 ff (zit.: Finanzverfassung)

- "Die Suche nach den Schranken der Grundrechte" in "Verfassung, Verwaltung, Finanzkontrolle", Festschrift für Hans Schäfer zum 65. Geburtstag am 26. Januar 1975, herausgegeben von Eckart Schiffer und Helmut Karehnke, Köln, Berlin, Bonn, München 1975, Seite 7 ff (zit.: Schranken der Grundrechte)

Maurer, Harmut "Der Verwaltungsvorbehalt", VVDStRL 43 (1985), 135 ff

Mayer, Franz "Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung", Festschrift für Hermann Nottarp zum 75. Geburtstag, Karlsruhe 1961

Mayer, Otto "Deutsches Verwaltungsrecht", Band 1, 3. Auflage, München, Leipzig 1924 (zit.: Verwaltungsrecht I)

Meyn, Karl-Ulrich, "Gesetzesvorbehalt und Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden", Göttingen 1977

Meier, Hans "Zur Diskussion über die Grundwerte" in "Grundwerte in Staat und Gesellschaft", herausgegeben von Gunter Gorschenek, München 1977, Seite 172 ff

Menger, Christian-Friedrich, "Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit - Prolegomena zu einer Lehre von den Möglichkeiten und Grenzen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes", DÖV 1955, 587 ff (zit.: Rechtssatz)

- "Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns", DVBl 1960, 297 ff (zit.: Bestimmung der öffentlichen Verwaltung)

- "Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit - Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht", VerwArch 52 (1961), 196 ff (zit.: Verwaltung)

- "Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit - Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht" unter Mitarbeit

von Hans-Uwe Erichsen, VerwArch 58 (1967), 278 ff (zit.: Praxis)

Menzel, Eberhard "Kommentar zum Grundgesetz (Bonner Kommentar)", bearbeitet von Hans Jürgen Abraham u. a., Hamburg Loseblattsammlung

Merk, Wilhelm "Das besondere Gewaltverhältnis - Aussprache", VVDStRL 15 (1957), 192 ff (zit.: Besonderes Gewaltverhältnis)

- "Die Organisationsgewalt - Aussprache", VVDStRL 16 (1958), 251 ff (zit.: Organisationsgewalt)

Merten, Detlef "Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis" in "Das besondere Gewaltverhältnis - Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaft, herausgegeben von Detlef Merten, Berlin 1985, Seite 53 ff

Müller-Dietz, Heinz, "Verfassung und Strafvollzugsgesetz", NJW 1972, 1161 ff

Münch, Ingo, von "Allgemeines Verwaltungsrecht", herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens, 7. Auflage, Berlin, New York 1986

Niehues, Norbert "Abteilung Schule im Rechtsstaat" in "Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1976", Band 2, München 1976, Seite M 40 ff

Obermayer, Klaus "Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt", Stuttgart, München, Hannover 1956 (zit.: Verwaltungsakt)

- "Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden", JZ 1956, 625 ff (zit.: Hoheitsbefugnisse)

- "Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes - Kritische Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 6.5.1958 über die Vereinbarkeit des § 346 Satz 1 LAG mit dem Grundgesetz", DVBl 1959, 354 ff (zit.: Vorbehalt des Gesetzes)

- "Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut", VVDStRL 18 (1960), 144 ff (zit.: Der Plan)

Öhlinger, Theo "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 237 ff

Oelmüller, Willi "Sind sittliche und politische Normen überhaupt universal gültig?" in "Was sind Grundrechte - Zum

Problem ihrer Inhalte und ihrer Begründung", herausgegeben von Otto Kimminich, Düsseldorf 1977, Seite 144 ff

Oppermann, Thomas, "Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihr Beteiligten zu ordnen" in "Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1976", Band 1, München 1976, Seite C 1 ff (zit.: Grundsätze)

- "Abteilung Schule im Rechtsstaat - Diskussion" in "Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1976", Band 2, München 1976, Seite M 83 f (zit.: Diskussion)
- "Die erst halb bewältigte Sexualerziehung - Erledigtes und Unerledigtes zu Elternrecht, Familienschutzgarantie und schuldrechtlichem Gesetzesvorbehalt nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 21.12.1977", JZ 1978, 289 ff (zit.: Sexualerziehung)

Ossenbühl, Fritz "Die Verwaltungsvorschriften in der gerichtlichen Praxis", AöR 92 (1967), 1 ff (zit.: Praxis)

- "Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz", Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968 (zit.: Verwaltungsvorschriften und GG)
- "Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen - Zur Dogmatik der Gewährung öffentlicher Leistungen", DVBl 1973, 289 ff (zit.: Öffentliche Stadthallen)
- "Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit - Dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung" in "Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages in Hamburg 1974", Gutachen B, München 1974 (zit.: Staatstätigkeit)
- "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 205 ff (zit.: Verwaltungsvorbehalt)

Papier, Hans-Jürgen, "Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Reformen der Grundrechtseingriffe", Berlin 1973

Peters, Hans "Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung – Aussprache", VVDStRL 14 (1956), 78 ff (zit.: Finanzverfassung)

- "Die Organisationsgewalt - Aussprache", VVDStRL 16 (1958), 247 ff (zit.: Organisationsgewalt)
- "Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung" in "Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit", Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag am 24. Mai 1961, Bern 1961, Seite 206 ff (zit.: Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung)
- "Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt - Rektoratsrede", Krefeld 1965 (zit.: Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt)

Pestalozza, Christian, "'Noch verfassungsmäßige' und 'bloß verfassungswidrige' Rechtsfolgen - Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände" in "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz - Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts", Band 1, herausgegeben von Christian Starck, Tübingen 1976

Pfeifer, Helfried, "Die Organisationsgewalt - Aussprache", VVDStRL 16 (1958), 259 ff

Pieske, Eckart "Der Weg des deutschen Schulrechts nach dem 51. Deutschen Juristentag in Stuttgart im September 1976", DVBl 1977, 673 ff

Pietzcker, Jost "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes", JuS 1979, 710 ff (zit.: Vorrang und Vorbehalt)

- "Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag", VVDStRL 41 (1983), 193 ff (zit.: Verwaltungsverfahren)

Pietzner, Rainer "Der Vorbehalt des Gesetzes", JA 1973, 339 ff

Pitschas, Rainer "Die Zulassung von Schaustellern zu Volksfesten nach Gewerbe- und bayerischem Gemeinderecht", BayVBl 1982, 641 ff

Podlech, Adalbert, "Wertungen und Werte im Recht", AöR 95 (1970), 185 ff (zit.: Wertungen)

Pollern, Hans-Ingo, von, "Forum: Immanente Grundrechtsschranken - eine Bestandsaufnahme", JuS 1977, 644 ff

Püttner, Günter "Die öffentlichen Unternehmen - Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft", 2. Auflage, Stuttgart, München, Hannover 1985

- "Grund- und Betriebsverhältnis - Eine Lehre Ules, die sich durchsetzte und die Zukunft hat", DVBl 1987, 190 ff (zit.: Grund- und Betriebsverhältnis)

Quaritsch, Helmut, "Die öffentlichrechtliche Anstalt - Aussprache", VVDStRL 44 (1986), 253 ff

Raiser, Ludwig "Vertragsfreiheit heute", JZ 1958 1 ff

Rasch, Ernst "Die Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten", DÖV 1957, 337 ff (zit.: Zuständigkeiten)

Rauschning, Dietrich, "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 218 f

Renck, Ludwig "Gebührenerhebung bei Benutzung gemeindlicher Einrichtungen", BayVBl 1968, 310 f

Rengeling, Hans-Werner, "Vorbehalt und Bestimmtheit des Atomgesetzes - Zur Verfassungsmäßigkeit des Schnellen Brüters in Kalkar", NJW 1978, 2217 (zit.: Vorbehalt)

- "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 221 f (zit.: Verwaltungsvorbehalt)

Reuss, Wilhelm "Die öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln" in "Staatsbürger und Staatsgewalt - Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart", Band II, Karlsruhe 1963, Seite 255 ff

Roellecke, Gerd "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung", NJW 1978, 1776 ff

Ronellenfitsch, Michael, "Das besondere Gewaltverhältnis - ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut", DÖV 1981, 933 ff (zit.: Das besondere Gewaltverhältnis)

- "Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung zum besonderen Gewaltverhältnis", VerwArch 73 (1982), 245 ff (zit.: Entwicklungstendenzen)

- "Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren" in "Schriftenreihe der Hochschule Speyer", Band 91, Berlin 1983 (zit.: Genehmigungsverfahren)

- "Das besondere Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht", DÖV 1984, 781 ff (zit.: Besonderes Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht)

- "Das besondere Gewaltverhältnis als verwaltungsrechtliches Institut" in "Das besondere Gewaltverhältnis - Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer",

Berlin 1985 (zit.: Besonderes Gewaltverhältnis als Verwaltungsinstitut)

- "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 219 (zit.: Verwaltungsvorbehalt)

Rottmann, Frank "Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte", EuGRZ 1985, 277 ff

Rüfner, Wolfgang "Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft - Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung" in "Schriften zum Öffentlichen Recht", Band 44, Berlin 1967 (zit.: Formen der öffentlichen Verwaltung)

Rupp, Hans Heinrich, "Verwaltungsakt und Vertragsakt - Eine Darstellung der Probleme an Hand des Vertragssystemes der Sozialversicherung, insbesondere des Ersatzkassenrechts", DVBl 1959, 81 ff (zit.: Verwaltungsakt und Vertragsakt)

- "Berufsregelung durch gesetzesändernde Verwaltungsverordnungen? - Zur Verfassungsrechtlichen Problematik der Bundesnotarordnung", DÖV 1963, 678 ff (zit.: Berufsregelung)
- "Grundfragen der heutigen Verfassungslehre - Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis", Tübingen 1965 (zit.: Grundfragen)
- "Verfassungsgerichtliche Überprüfung des Haushaltsgesetzes im Wege der 'abstrakten Normenkontrolle'?", NJW 1966, 1097 ff (zit.: Normenkontrolle)
- "Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", AöR 92 (1967), 212 ff (zit.: Berufsfreiheit)
- "Ministerial-Erlasse - Ausdruck originärer Rechtsetzung der Exekutive?", NJW 1970, 412 f (zit.: Ministerial-Erlasse)
- "Zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtung einzelner Zeugnisnoten - Zur Entscheidung des OVG Münster, DÖV 1975, 358", DÖV 1976, 90 f (zit.: Zeugnisnoten)
- "Die Verwaltungsvorschriften im grundgesetzlichen Normensystem - Zum Wandel einer verfassungsrechtlichen Institution", JuS 1975, 609 ff (zit.: Verwaltungsvorschriften)
- "Vom Wandel der Grundrechte", AöR 101 (1976), 101 ff (zit.: Wandel)

- Anmerkung zum Beschluß des hess. VGH vom 18.8.1976 - VI TG 368/76, JZ 1977, 226 f (zit.: Anm. zu VGH)

Saladin, Peter "Grundrechte im Wandel - Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt", Bern 1970

Salzwedel, Jürgen, "Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen" in "Allgemeines Verwaltungsrecht", herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen, Wolfgang Martens, Peter Badura und andere, 7. Auflage, Berlin, New York 1986

Schaumann, Wilfried, "Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip", JZ 1966, 721 ff (zit.: Gleichheit und Gesetzmäßigkeit)

- "Gesetzgeber und Verwaltung - 3. Aussprache und Schlußworte", VVDStRL 24 (1966), 214 ff (zit.: Gesetzgeber und Verwaltung)

Scheler, Max "Werte als Gegebenheiten", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 3 ff (zit.: Werte)

Schenke, Wolf-Rüdiger, "Gesetzesvorbehalt und Pressesubventionen", Der Staat Band 15 (1976), 553 (zit.: Vorbehalt)

- "Gesetzgebung durch Verwaltungsvorschriften? - Bemerkungen zu BVerfGE 40,237", DÖV 1977, 27 ff (zit.: Verwaltungsvorschriften)

- "Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutz - Aussprache", VVDStRL 41 (1983), 274 ff (zit.: Verwaltungseffizienz)

- "Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis" in "Das besondere Gewaltverhältnis - Vorträge des 25. Sonderseminars 1984 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer", herausgegeben von Detlef Merten, Berlin 1985 (zit.: Rechtsschutz)

Scheuner, Ulrich "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft - Rechtsformen und Rechtsschutz", VVDStRL 11 (1954) 1 ff

Schlosser, Hans "Wert und Wertung als Problem der juristischen Methode der Gesetzesanwendung - Geschichte, Grenzen und Chancen des Wertgedankens im Recht" in "Schriften der philosophischen Fakultät der Universität Augsburg" Nr. 23, herausgegeben von Josef Becker, Ilse Lichtenstein-Rother und Hugo Stopp, München 1982, Seite 147 ff

Schmidt, Ferdinand, "Thema Passivrauchen", Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 1979, 79 ff (zit.: Thema Passivrauchen)

- "Rauchen und Passivrauchen", Der öffentliche Dienst (DÖD) 1982, 97 ff (zit.: Rauchen und Passivrauchen)

Schmidt, Helmut "Ethos und Recht in Staat und Gesellschaft" in "Grundwerte in Staat und Gesellschaft", herausgegeben von Gunter Gorschenek, München 1977, Seite 13 ff

Schmidt, Paul F. "Ethische Normen in der wissenschaftlichen Methode" in "Werturteilsstreit", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 353 ff

Schmidt, Walter "Die Gleichheitsbindung an Verwaltungsvorschriften - BVerwGE 34,278", JuS 1971, 184 ff (zit.: Gleichheitsbindung)

- "Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte", AöR 106 (1981), 497 ff (zit.: Vorbehalt)

Schmidt-Aßmann, Eberhard, "Die kommunale Rechtssetzungsbefugnis" in "Handbuch für Kommunalwissenschaften", Band III, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1983

Schnapp, Friedrich E., "Amtsrecht und Beamtenrecht - Eine Untersuchung über normative Strukturen des staatlichen Innenbereichs", Berlin 1977 (zit.: Amtsrecht)

- "Grenzen der Grundrechte", JuS 1978, 729 ff (zit.: Grenzen)

- "Der Verwaltungsvorbehalt", VVDStRL 43 (1985), 172 ff (zit.: Verwaltungsvorbehalt)

Schneider, Egon "Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozeßrecht, Kostenanmerkungen", begründet von Richard Zöller, 14. Auflage, Köln 1984 (zit.: Kommentar)

Schneider, Hans "Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens" in der Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Theo Ritterspach und Willi Geiger, Tübingen 1970, Seite 421 ff

Schnupp, Günther "Raucher - Nichtraucher, Rauchverbote am Arbeitsplatz?", Der öffentliche Dienst 1981, 97 ff

Scholz, Ruppert "Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)" in "Schriften zum Öffentlichen Recht", Band 52, Berlin 1967

Schreiner, Helmut, "Die Intersubjektivität von Wertungen - Zur Begründung von Wertungen im Rechtsdenken durch ethisch verpflichtetes Argumentieren", Berlin 1980

Schwabe, Jürgen "Mißdeutungen um das 'Elfes-Urteil' des BVerfG und ihre Folgen - Zugleich eine Anmerkung zum subjektiven öffentlichen Recht", DÖV 1973, 623 ff (zit.: Mißdeutungen)

- "Verwaltungszuständigkeiten und Gesetzesvorbehalt", JA 1975, 113 ff (zit.: Zuständigkeiten)

Seeger, Richard/ Wunsch, Hermann, "Kommunalrecht in Baden-Württemberg - Systematische Darstellung", 4. Auflage, Stuttgart 1983

Selmer, Peter "Vorbehalt des Gesetzes", JuS 1968, 489 ff

Simon, Helmut "Abteilung Schule im Rechtsstaat - Diskussion" in "Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1976", Band II, München 1976, Seite M 108 ff

Soell, Hermann "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 245 f

Spanner, Hans "Die Organisationsgewalt - Aussprache", VVDStRL 16 (1958), 255 ff (zit.: Aussprache)

- "Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?", Gutachen für den 43. Deutschen Juristentag in München 1960, Band 1, 2. Teil A, Tübingen 1960 (zit.: Verwaltungsrecht)
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 28.9.1961 - II C 168/60, DÖV 1962, 342 f (zit.: Anm. zu BVerwG)

Stammen, Theo "Wertewandel in der gegenwärtigen Gesellschaft" in "Schriften der philosophischen Fakultät der Universität Augsburg" Nr. 23, herausgegeben von Josef Becker, Ilse Lichtenstein-Rother und Hugo Stopp, München 1982, Seite 173 ff

Starck, Christian, "Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes - Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff", Baden-Baden 1970 (zit.: Gesetzesbegriff)

- "Autonomie und Grundrechte - Zur Regelungsbefugnis öffentlich-rechtlicher Autonomieträger im Grundrechtsbereich", AöR 92 (1967), 449 ff (zit.: Autonomie und Grundrechte)

Stein, Erwin "Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung", NJW 1964, 1745 ff

Steinberg, Rudolf, "Der Verwaltungsvorbehalt - Aussprache", VVDStRL 43 (1985), 220

Stern, Klaus "Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater", JZ 1960, 518 ff und 557 ff (zit.: Subventionierung)

- "Vertragliche Grenzen der Organisationsgewalt?", BayVBl 1960, 181 ff (zit.: Organisationsgewalt)
- "Verwaltung durch Subventionen - Aussprache und Schlußwort", VVDStRL 25 (1967), 419 ff (zit.: Verwaltung durch Subventionen)
- "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland", Band I: "Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung", 2. Auflage, München 1984 (zit.: Staatsrecht I)
- "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland", Band II, München 1980 (zit.: Staatsrecht II)

Suhr, Dieter "Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? - Kritik der Freiheitsdogmatik am Beispiel des Passivraucherproblems", JZ 1980, 166 ff

Tammelo, Ilmar "Theorie der Gerechtigkeit", München 1977

Thieme, Werner "Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis", JZ 1964, 81 ff (zit.: Vorbehalt)

Thieme, Willi "Schutz des Nichtrauchers vor dem 'Passiv-Rauchen'?", GewArch 1980, 249 ff

Thoma, Richard "§ 71 Grundbegriffe und Grundsätze" in HDStR, 2. Band, Tübingen 1932, Seite 108 ff (zit.: Grundbegriffe und Grundsätze)

Topitsch Ernst, "Kritik der phänomenologischen Wertlehre" in "Werturteilsstreit", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 16 ff (zit.: Kritik)

- "Vom Wert wissenschaftlichen Erkennens" in "Wert-

urteilsstreit", herausgegeben von Hans Albert und Ernst Topitsch, Darmstadt 1971, Seite 365 ff (zit.: Wissenschaftliche Erkenntnisse)

Triepel, Heinrich, "Delegation und Mandat im öffentlichen Recht", Darmstadt 1974

Ule, Carl Hermann, "Das besondere Gewaltverhältnis", VVDStRL 15 (1957), 133 ff

Vehse, Wolfgang Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 15.11. 1974 - XV A 1335/73, DÖV 1975, 754 ff

Vogel, Klaus "Gesetzgeber und Verwaltung", VVDStRL 24 (1966), 125 ff

Wagener, Frido "Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag - Aussprache", VVDStRL 41, (1983), 272 ff

Wahl, Rainer "Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag", VVDStRL 41 (1983), 151 ff

Weber, Hermann Anmerkungen zu den Urteilen des BVerwG vom 15.11. 1974 - VII C 8/73 und VII C 12/74, JuS 1975, 598 f (zit.: Urteilsanmerkung)

- Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 21.12.1977 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75, JuS 1978, 849 f (zit.: Anm. z. BVerfGE)

Weber, Werner "Das besondere Gewaltverhältnis - Aussprache", VVDStRL 15 (1957), 186 ff (zit.: Das besondere Gewaltverhältnis)

Weisel, Horst "Der Sozialstaatsgedanke des Bonner Grundgesetzes", Marburg 1960

Werner, Fritz "Zur Lage des Schulverwaltungsrechts", DÖV 1958, 433 ff (zit.: Schulverwaltungsrecht)

- "Verwaltungsrecht als konkretes Verfassungsrecht", DVBl 1959, 527 ff (zit.: Verwaltungsrecht)

- "Das Problem des Richterstaates", Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 4. November 1959 in "Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V.", Berlin 1960

Widtmann, Julius "Bayerische Gemeindeordnung - Kommentar", 4. Auflage, München 1980

Wiegand, Dietrich, "Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte", DyBl 1974, 657 ff

Wimmer, Raimund "Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu regeln?", JZ 1976, 457 ff

Winkler, Günther "Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen", Wien, New York 1969 (zit.: Wertbetrachtung)

Wipfelder, Hans-Jürgen, "Ungeschriebene und immanente Schranken der Grundrechte", BayVBl 1981, 417 ff und 457 ff

Wischnath, Adolf "Lob und Tadel am richterlichen Nichtraucherschutz", DRiZ 1980, 297 ff (zit.: Nichtraucherschutz)

- "Gerichtliches Schlußwort zum Rauchverbot bei Gemeinderatssitzungen", Verwaltungsrundschau 3 (1983), 95 f (zit.: Rauchverbot)

Wolf, Erik "Recht des Nächsten - Ein rechtstheologischer Entwurf" in "Philosophische Abhandlungen", Band 15, Frankfurt 1958

Wolff, Hans J. "Verwaltungsrecht I - Ein Studienbuch", herausgegeben von Hans J. Wolff und Otto Bachof, 9. Auflage, München 1974; Wolff hat die §§ 1 - 37 und 55 - 66 bearbeitet (zit.: Verwaltungsrecht I)

- "Verwaltungsrecht II - Organisations- und Dienstrecht - Ein Studienbuch", herausgegeben von Hans J. Wolff und Otto Bachof, 4. Auflage München 1976; Wolff hat die §§ 71 - 92, 94 - 100 und 102 bis 119 bearbeitet (zit.: Verwaltungsrecht II)

Zacher, Hans F. "Die Subventionen als Ordnungsaufgabe", DÖV 1966, 827 (zit.: Subventionen als Ordnungsaufgabe)

- "Gesetzgeber und Verwaltung - Aussprache und Schlußworte", VVDStRL 24 (1966), 234 ff (zit.: Gesetzgeber und Verwaltung)

- "Verwaltung durch Subventionen", VVDStRL 25 (1967), 308 ff (zit.: Verwaltung durch Subventionen)

Zeidler, Karl "Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem GG", Der Staat Band 1 (1962), 321 ff (zit.: Bemerkungen)

Zippelius, Reinhold, "Deutsches Staatsrecht", herausgegeben von Theodor Maunz und Reinhold Zippelius, 26. Auflage München 1985 (zit.: Staatsrecht)

- "Wertungsprobleme im System der Grundrechte", München 1962 (zit.: Wertungsprobleme)

Zuleeg, Manfred "Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage" in Planstudien 10, herausgegeben von Josef H. Kaiser, Frankfurt 1974

K a p i t e l I : E i n f ü h r u n g

Das Hauptanliegen der vorliegenden Arbeit ist, der neueren Vorbehaltslehre, nämlich der Wesentlichkeitstheorie, Kriterien für die Unterscheidung von "wesentlich" und "unwesentlich" abzugewinnen, insbesondere aus dem kommunalen Blickwinkel bei öffentlichen Leistungen und öffentlichen Einrichtungen.

Die Geschichte des Vorbehalts (bis zum Beginn der Bundesrepublik Deutschland - Kapitel II) zeigt, welcher Drang nach Freiheit einschließlich der Selbstbestimmung diesem Rechtsinstitut und Knotenpunkt eines jeden demokratischen, freiheitlichen Staatswesen zugrunde liegt. Die dabei auftretenden Gefahren und Fehleinschätzungen der Vergangenheit sind aber auch heute nicht zu unterschätzen und bei neuen Vorbehaltslehren entsprechend zu berücksichtigen. Gerade die Kompetenzverteilung im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik bewirkte, daß die Lehren zum Vorbehalt des Gesetzes schon seit langer Zeit zu den Lieblingsthemen des deutschen Staats- und Verfassungsrechts gehörten und noch gehören. Die verfassungsrechtliche Verankerung des Prinzips und seiner Elemente, die Abkehrung vom mißtrauensgeprägten, traditionellen ("Eingriffs"-)Vorbehaltsdenken, aber auch die Verneinung des gegensätzlichen Standpunktes, nämlich der Totalvorbehaltslehre, sowie das seinerseits von allen Vorbehaltslehren beeinflußte Bestimmtheitsgebot, das die Lehren in einem zum Teil fast circulosen Rückschluß wieder ausgestaltet, stehen im Vordergrund des Kapitels III. Im nachfolgenden Kapitel IV geht es um die Frage, ob und inwieweit die traditionelle Vorbehaltslehre auf den Staatsbürger begünstigende hoheitliche Regelungen (Leistungen) zu erweitern ist, die ebenfalls in den nachfolgenden Kapiteln eine gewichtige Rolle spielt. Die öffentlichen Leistungen haben bekanntlich in den letzten Jahrzehnten in zunehmendem Maße an politischer Bedeutung gewonnen, was sich besonders in den öffentlichen Haushalten und der Zahl öffentlicher

Bediensteter niederschlägt. Das Kapitel schließt mit der Untersuchung, ob und gegebenenfalls inwieweit das Haushaltsgesetz eine Norm im Sinne der Vorbehaltslehre sein kann. In der Literatur wird immer wieder versucht, diese Gedanken unter verschiedenen Aspekten einfließen zu lassen.

Die Aussagen zum Vorbehalt des Gesetzes erreichen ihren Höhepunkt in der Wesentlichkeitstheorie (Kapitel V), die einerseits lebensnah ausgestaltet ist und andererseits positiv auf die einzelnen Menschen und die Gemeinschaft einwirken will. Bei ihr soll die Verfassung zur vollen Blüte gereifen. Diese hohe Zielsetzung erschwert die Bildung griffiger Abgrenzungskriterien, weshalb noch längere Zeit nach praktikablen Abgrenzungsanzeichen gesucht wird, um nicht allein vom "steinigen Weg" der Fallbildungen (anstatt konkreter Abgrenzungskriterien) leben zu müssen. Die Vielfalt der verfassungs- und verwaltungstheoretischen Problemstellungen erfordert dabei eine allgemeine Bestandsaufnahme, um der Frage nach der Leistungsfähigkeit der Wesentlichkeitstheorie nachgehen zu können. Die Grundprinzipien der Wesentlichkeitstheorie, der Vergleich des Vorbehalts des Gesetzes mit dem Satzungsvorbehalt und die Abgrenzungsanzeichen stehen daher im Mittelpunkt des Kapitels. Anschließend wird der Frage nachgegangen (Kapitel VI), ob Wertsysteme sich als Hilfsmittel für die Abgrenzung nutzbar machen lassen.

Das Thema der Arbeit sowie das oben im ersten Satz erwähnte Hauptproblem könnten - ohne genauere Überlegung - leicht zu dem (Fehl-)Schluß führen, die öffentlichen Einrichtungen bzw. Anstalten unterlägen wegen der Organisations- oder der Anstaltsgewalt oder des besonderen Gewaltverhältnisses oder der Sonderverordnungslehre nicht dem Vorbehalt des Gesetzes bzw. dem Satzungsvorbehalt. Dem ist aber nicht so, denn mit dem Strafgefangenenurteil des Bundesverfassungsgerichts (E 33,1ff) hat sich die Ansicht der herrschenden Meinung wesentlich gewandelt. Das Kapitel VII zeichnet den Verlauf der überwiegend historisch begründeten Organisationsgewalt (bzw. des besonderen Gewaltverhältnisses u.s.w.) von der "Hausmacht der Exekutive" bis zu seiner heutigen Bedeutung

im Rahmen der Vorbehaltslehre auf. Die veränderte Auffassung hat dazu geführt, daß die Vorbehaltslehre - insbesondere im Bereich der kommunalen Einrichtungen - erheblich an Bedeutung gewonnen hat, was aber, abgesehen von dem Gebiet des Schulverhältnisses, in der Literatur nur geringen Widerhall fand. Die Ausführungen dieses Kapitels sind ebenfalls bei der Suche nach Anzeichen für die Abgrenzung der Unterscheidung von wesentlichen zu unwesentlichen hoheitlichen Maßnahmen (Kapitel V) von Gewicht und zwar insbesondere bei der Frage, ob die Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis oder die Organisationsgewalt für die Organisationsregelungen nutzbar gemacht werden können.

In Kapitel VIII werden die Konsequenzen anhand einiger bedeutender Regelungen öffentlicher Einrichtungen (mit umfassenden hoheitlichen Befugnissen bzw. öffentlich-rechtlicher Benutzung) aufgezeigt. Das letzte Kapitel (IX) umfaßt ein Thesenpapier zu den wichtigsten Ergebnissen dieser Arbeit, nämlich zu den Auswirkungen der Wesentlichkeitstheorie im allgemeinen und im besonderen auf die öffentlichen Leistungen und die öffentlichen Einrichtungen.

Kapitel II: Die Geschichte des Vorbehalts des Gesetzes

1. Die politischen Bestrebungen in der Monarchie

In der absoluten Monarchie bestand ein Herrschaftsverhältnis, bei dem der Monarch die Macht hatte, nach Belieben über seine Untertanen zu herrschen, welche häufig die Erfahrung machen mußten, daß ihr Herrscher kein göttlicher Beschützer, sondern ein Räuber und Tyrann war [1]. Probleme der Gewaltenteilung, der Abgrenzung der einzelnen Gewalten und deren organisatorischer Gliederung gab es nicht, weil sich die gesamte Macht in den Händen der Landesherren vereinigte [2]. Die durch das Spannungsverhältnis infolge ungerechter Machtverteilung ausgetragenen Kämpfe verliefen für die Unterdrückten erfolglos und veränderten die Verhältnisse nicht. Demokratische Bestrebungen des Bürgertums nach einer Gesellschaft mit Freiheit vom Staat und Teilnahme an diesem führten - mit den nach der Wiener Bundesakte vom 8. 6. 1815 zu schaffenden Verfassungen in den deutschen Einzelstaaten - zu einem kleinen Kompromiß zwischen den sich feindlich gegenüberstehenden Machtbereichen von Fürstentum und Volk [3]. Mit dem Erlaß der Verfassungen in den (unabhängigen) deutschen Einzelstaaten erfolgte der Übergang von der absoluten zur konstitutionellen Monarchie und gleichzeitig eine Selbstbeschränkung der Monarchen [4]. Die Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung über die Parlamente, wenn auch zuerst auf einige wenige Gebiete beschränkt, war eine gewisse Befriedigung für die demokratische Bewegung, die sich eine demokratisch-republikanische Staatsverfassung wünschte [5]. Dies sicherte in engen Grenzen eine Freiheit vom und eine Teilnahme am Staat [6]. Zunächst galt aber (mit Ausnahme von

---

1 Näher ausgeführt bei W. Henke, Subjektives Recht auf Einschreiten der Polizei S. 654
2 Vgl. die Ausführungen bei Selmer S. 490
3 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 108 f; Selmer S. 490
4 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 210
5 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 232; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 108 f
6 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 108 f

Württemberg [7]) das vorkonstitutionelle Recht insoweit fort, als zwischen dem Parlament [8] und der monarchischen Regierung zu einer beabsichtigten gesetzlichen Regelung keine Einigung erzielt wurde, wodurch die monarchische Regierung neben der vagen Umschreibung von Gesetzgebungskompetenzen einen weiteren machtpolitischen Spielraum ausnutzen konnte [9]. Die politisch an Einfluß gewinnenden Parlamente weiteten dagegen später über ein anderes Gesetzesverständnis einzelner Verfassungsartikel ihren mittelbaren Zugriff auf die monarchisch beherrschte und freiheitsbedrohende Exekutive derart aus, daß es den Monarchen nur mit Mühe gelang, über die Erfindung der besonderen Gewaltverhältnisse einige Gebiete der Exekutive dem verstärkten mittelbaren Zugriff der Parlamente fernzuhalten [10]. Zunächst erreichten die Parlamente die Kompetenz für den Erlaß abstrakt-genereller Normen und später auch für Einzelakte, die danach nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung ergehen durften, soweit sie in "Freiheit und Eigentum" des Bürgers eingriffen [11]. In den letzten Jahrzehnten der konstitutionellen Monarchie wurde sogar die Unabhängigkeit der Gerichte vom König und seinen Ministern gesichert [12]. Andererseits bildete aber die Formel vom "Eingriff in Freiheit und Eigentum" eine Legitimationsgrundlage für das staatliche Gewaltmonopol und damit der monarchischen Souveränität, denn die staatliche Gewalt sollte die Sicherheit und das Eigentum des Bürgers gewährleisten; hierzu zählte z.B. die Beschaffung von Lebensmitteln und die Förderung geistiger Tugenden [13].

---

7 § 91 der Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg vom 25. September 1819 besagt, daß "alle Gesetze und Verordnungen, welche mit einer ausdrücklichen Bestimmung der gegenwärtigen Verfassungs-Urkunde im Widerspruche stehen, ... hiedurch aufgehoben, die übrigen ... der verfassungsmäßigen Revision unterworfen" sind.

8 Zunächst war es - bis in die 2. Hälfte des letzten Jahrhunderts - die Ständeversammlung - vgl. Krebs, Vorbehalt S. 304

9 Rottmann S. 284

10 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233

11 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233; Selmer S. 490

12 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 210

13 So die Ansicht in der damaligen Zeit - vgl. Rottmann S. 283

2. Der ursprüngliche verfassungsrechtliche Zweck des Vorbehalts

Mit dem Vorbehalt des Gesetzes, der einen freiheitlichen Innenraum der Gesellschaft einschließlich einer persönlichen Freiheit des einzelnen gewährleisten sollte, war die absolute Monarchie mit ihrer unbeschränkten Rechtssetzungsmacht der Exekutive beendet [14]. Das Parlament als Hüterin und Wahrerin der Freiheiten hatte diese Rechte vor der monarchischen Exekutive als Bedroherin zu schützen [15]. Die Frontstellung vom Parlament zur Exekutive wurde damit gleichzeitig eine Teilung der Rechtsetzungsgewalt zwischen Volk und Monarchen [16]. Der Vorbehalt des Gesetzes begründete somit eine Ausnahme von der grundsätzlichen Allzuständigkeit der Verwaltung [17]. Willkürakte der staatlichen Exekutive gegenüber der Gesellschaft und dem einzelnen sollten ausgeschlossen sein [18].

Über das Parlament sicherte sich der einzelne eine "Freiheit vom Staat" bzw. gegenüber der freiheitsbeschränkenden Verwaltung und gleichzeitig durch die parlamentarische Mitwirkung an der Gesetzgebung eine "Teilhabe am Staat" [19]. Über die Besetzung der Parlamente erhielt der rechtsunterworfene Bürger ein "Stück Selbstbestimmung" bzw. Demokratie [20]. Die Sinngebung des Vorbehaltsprinzips ist somit der Knotenpunkt grundlegender Verfassungsprinzipien [21].

---

14 W. Henke, Subventionen S. 54; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 94; Simon S. M109

15 Zippelius, Staatsrecht § 18 I 2 S. 137, ausführlicher in der 25. Auflage (1985) S. 138

16 W Henke, Subventionen S. 54; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 210; Papier S. 15; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; Rupp, Grundfragen S. 115

17 Krebs, Vorbehalt und GG S. 29

18 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 210

19 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 108 f

20 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 108; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 210; Hansen S. 348; Papier S. 15; dagegen sieht Pietzner S. 413 im Vorbehaltsbereich nicht das Demokratieprinzip

21 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 210

3. Der Schutzbereich des Vorbehalts und die parlamentarische Zustimmung in der konstitutionellen Monarchie

Inhaltlich hatte der Vorbehalt des Gesetzes den einzelnen vor Eingriffen der monarchischen Exekutive in "Freiheit und Eigentum", unter jenen Begriffen man damals die Grundrechte verstand, zu schützen [22]. Die Gesetze waren damit die Schranken des Verwaltungshandelns [23]. Wie bereits bei oben 1. angedeutet, hat sich die Auslegung der Begriffe derart ausgeweitet, daß unter der Freiheit die umfassende (natürliche) Handlungsfreiheit, - das sind alle äußeren Willensbetätigungen der Individuen, die möglich sind, - und unter dem Eigentum nicht nur das dingliche Eigentum, sondern auch vermögenswerte private Forderungsrechte zu verstehen waren [24]. Diese erweiterte Auslegung galt aber nur, soweit es um den Vorbehalt des Gesetzes ging, nicht dagegen bei der Anwendung der betreffenden Grundrechtsartikel [25]. Die extensive Interpretation geschah nicht so sehr auf der Verfassungsebene beim Freiheits- und Eigentumsbegriff, sondern bei den Verwaltungsakten der Exekutive, bei denen nunmehr sämtliche belastende Verwaltungsakte unter den Vorbehalt des Gesetzes fielen [26]. Besonders hervorzuheben sind dabei die Rechtsgebiete des Steuererhebungsrechts, das Handels- und Gewerberecht infolge zunehmender Industrialisierung, der Schutz des Lebens, der Ehre, des familienrechtlichen Status, der Arbeitskraft, daneben aber auch das materielle Strafrecht und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches mit seiner Vertragsfreiheit [27]. Nicht dazu wurden aber die Be-

---

22 Bettermann, Freiheit S. 21; Giacometti S. 250; W. Henke, Subventionen S. 54; Huber, Verfassungsgeschichte S. 913; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 109; Krebs, Vorbehalt und GG S. 28; Papier S. 12 f

23 Erichsen, Grundlagen S. 157

24 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233 ("zum Ende des 19. Jahrhunderts"); Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 133 f; Krebs, Vorbehalt und GG S. 22 ("spätestens zum Ende der konstitutionellen Zeit")

25 So Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233 f, der von zwei Freiheits- und zwei Eigentumsbegriffen ausgeht; die Begriffserweiterung im Grundrechtsteil fand erst mit Art. 153 Weimarer Verfassung (für den Eigentumsbegriff) und Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (für den Freiheitsbegriff) statt.

26 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233

27 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233; Huber, Verfassungsgeschichte S. 913; Franz Mayer S. 191

stimmungen über die Staatsorganisation gezählt [28], dagegen hatten die Parlamente erheblichen Einfluß durch das Budgetrecht [29]. Außerhalb dieser Rechtskreise war der Monarch mit seiner Exekutive frei [30], andererseits konnte der Bürger alles tun, was nicht verboten oder Rechten Dritter zuwider war [31].

Die Eingriffe der Verwaltung waren nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung, nämlich durch Gesetz oder auf der Grundlage eines Gesetzes, möglich [32]. Das Rechtsverordnungsrecht, das weiterhin allein zur Exekutive gehörte [33], und das Satzungsrecht bedurften deshalb auf den entsprechenden Rechtsgebieten einer gesetzlichen Ermächtigung [34]. Die Gesetze wiederum sollten die Mittel und Grenzen der Exekutive allgemeinverbindlich und für den Bürger erträglich festlegen, weshalb es einer inhaltlichen Ausgestaltung einzelner "Freiheits- und Eigentumsrechte" nicht bedurfte [35]. Die Meinung, daß die Gesetze begrifflich nicht nur abstrakt und generell bzw. allgemeinverbindlich sein müßten, sondern daß auch Individualgesetze zulässig seien, setzte sich weitgehend durch [36]. Eine andere Definition des materiellen Gesetzesbegriffes [37] beinhaltete die Eingriffsformel von Freiheit und Eigentum [38] - und zwar unabhängig davon, ob nun die Eingriffsklausel "Freiheit und Eigentum" in der jeweiligen Landesverfassung auftauchte oder nicht, indem die Verfassung den Wortlaut "alle Gesetze" enthielt, und man diesen Begriff entsprechend der Eingriffsformel auslegte [39]. Den (materi-

---

28 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233; Huber, Verfassungsgeschichte S. 915
29 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233
30 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 211
31 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 133
32 Bettermann, Freiheit S. 22; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233; Huber, Verfassungsgeschichte S. 914
33 Rupp, Grundfragen S. 115
34 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 60 S. 234
35 Denninger, Freiheitsordnung S. 548; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233; Maunz, Schranken der Grundrechte S. 8
36 Huber, Verfassungsgeschichte S. 913 ff
37 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 229; Huber, Verfassungsgeschichte S. 913; Franz Mayer S. 191
38 Nicht der Vorbehalt
39 So die damals herrschende Meinung; vgl. Huber, Verfassungsgeschichte S. 914; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 111 f; Papier S. 12 ff

ellen) Gesetzesbegriff derart zu beschränken, wurde mit dem begrenzten Interesse des Bürgers an Mitbestimmungsmacht bei Staatseingriffen in seine Individualssphäre begründet [40]. Eine dritte Meinung, die den (materiellen) Gesetzesbegriff in einer Sozialschrankenklausel entsprechend einer angepaßten, veränderten Industriegesellschaft sah, indem sie eine Abgrenzung nach der "Sphäre freier Tätigkeiten von Persönlichkeiten" vornahm, fand nur geringe Zustimmung [41].

Die Gesetze kamen zunächst nur durch Übereinstimmung des Monarchen mit der Volksvertretung zustande. Beide waren also gemeinsame Inhaber der gesetzgebenden Gewalt [42]. Das Zustimmungserfordernis des Parlaments beschränkte die Rechtssetzungsmacht der Exekutive in dem individuellen Eingriffsbereich von Freiheit und Eigentum. Die Parlamentszustimmung war lediglich der Verzicht auf den Schutz einer bestimmten Sphäre des Individuums, wodurch die Rechtssetzungsgewalt der monarchischen Verwaltung - vergleichbar mit der absoluten Monarchie - wieder frei war [43]. Es sollte eine Sperrwirkung für die Exekutive erreicht werden, die nur mit Hilfe der Volksvertretung aufgehoben werden konnte [44]. Im übrigen blieb der Monarch Inhaber der Staatsgewalt [45]. Ohne seinen Willen, in der Praxis hieß dies ohne den Willen der Exekutive, konnten Gesetze nicht zustande kommen [46]. Den Gesetzen kam zwar ein Vorrang vor allen anderen Staatsakten zu, eine Kontrolle der Verwaltung durch die Volksvertretung war aber nur in geringem Maße geschaffen worden [47]. Das Gesetz ermöglichte einerseits Eingriffe (des Monarchen bzw. der Exekutive) in die Freiheit und das Eigentum (des Bürgers) und grenzte die Einflußsphären des Parlaments von der Exekutive ab [48], andererseits wurde damit nur die Möglichkeit geschaffen, willkürliche Bedrohungen des Individuums

---

40 Huber, Verfassungsgeschichte S. 915
41 Vgl. Huber, Verfassungsgeschichte S. 913 ff
42 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 104
43 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 94
44 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 104
45 Denninger, Freiheitsordnung S. 548
46 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 104
47 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 109
48 W. Henke, Subventionen S. 54

durch die Exekutive einzugrenzen [49]. Das Gesetz als Rechtstitel der Staatsgewalt war somit das Produkt des Spannungsverhältnisses von monarchischer Staatsgewalt und Gewaltunterworfenem oder als Recht und Gegenrecht anzusehen [50].

Die Zustimmung zu den Gesetzesentwürfen gab das Parlament als Repräsentant des Volkes, wodurch die Untertanen selbst entschieden, zu welchen Opfern an Freiheit und Vermögen sie bereit waren [51], bzw. inwieweit die Exekutive durch die demokratischen Gesetze an den Willen des Volkes gebunden wurde [52]. Die Mitwirkung bei der Gesetzgebung durch die Repräsentanten des Volkes sollte das Bewußtsein der ganzen Nation stärken und seine sittliche Überzeugung herbeiführen [53].

Fragen, inwieweit Grundrechtseinschränkungen durch Gesetze möglich sind, gab es nicht [54], obwohl ja der Vorbehalt des Gesetzes den Individualbereich des Bürgers schützen sollte. Als Gründe dafür wurden unter anderem angeführt: Die Schranken der Grundrechte bzw. der Freiheits- und Eigentumsrechte würden gerade durch die Gesetze festgelegt [55]. Die Gesetze seien Ausdruck des allgemeinen Willens des Volkes, das daran repräsentativ mitwirke, weshalb die Bürgerrechte nicht in Konflikt mit den Gesetzen geraten könnten [56]. Die Vernunft freier Menschen in der Mitte der Gesellschaft sei der höchste das Dasein formende Wert, womit es unvorstellbar werde, daß bei vernünftigem Gebrauch der Freiheiten es zu Ungerechtigkeiten und Ausbeutung kommen könnte [57]. Ein vernünftiger Mensch verfolge sein eigenes Wohl, und damit sei auch am besten das gemeine Wohl gefördert [58]. Das Gesetz sei das Produkt allgemeiner Vernunft [59]. Die beste

---

49 Selmer S. 490
50 Erichsen, Grundlagen S. 145
51 Bettermann, Freiheit S. 22; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 109; Werner Thieme, Vorbehalt S. 84
52 Papier S. 15
53 Erichsen, Grundlagen S. 143
54 Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 3
55 Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 3 f
56 Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 4
57 Hammel S. 24
58 Denninger, Freiheitsordnung S. 545
59 Denninger, Freiheitsordnung S. 548

Garantie der Freiheiten liege in der politisch-sozialen Zusammensetzung des Parlaments [60]. Das "Wie" des Eingriffs gehöre zum historischen Gestaltungsrecht der Verwaltung [61].

Es war also ein Schutz des Bürgers vor dem Mißbrauch der Staatsgewalt, der diesen nicht rechtlich verbietet, sondern organisatorisch und verfahrensrechtlich unwahrscheinlich machen sollte [62]. Dieser Vorbehaltslehre ging es um eine vorbeugende Sicherung durch Beteiligung am Gesetzgebungsverfahren, unabhängig vom materiellen Umfang der inhaltlichen Ermächtigung der Exekutive durch das Gesetz [63]. Die Lehre wurde demnach nur im Sinne einer formellen Rechtsstaatlichkeit verstanden [64]. Ausgenommen wurde von alledem, wie vorstehend bei 1. und nachfolgend bei Kapitel VII ausgeführt, der eigens begründete Bereich des besonderen Gewaltverhältnisses, weil der Bürger, wenn er in ein solches Verhältnis eintrat, automatisch aus dem schutzwürdigen Freiheits- und Eigentums-Bereich des allgemeinen Gewaltverhältnisses ausgetreten sei, unabhängig ob dies freiwillig oder zwangsweise geschah [65].

4. Das Vorbehaltsverständnis in der Weimarer Reichsverfassung

Mit der Weimarer Reichsverfassung von 1919 und der daraus resultierenden Abschaffung der Frontstellung zwischen Volk und Monarchen war der Entstehungsgrund für den Vorbehalt des Gesetzes entfallen [66]. In der republikanischen Staatsverfassung lag die gesamte Staatsgewalt nunmehr in den Händen des Volkes. Trotz oder vielleicht gerade wegen dieser revolutionären Änderung wurde weiterhin an dem formalistischen

---

60 Denninger, Freiheitsordnung S. 548
61 Pietzner S. 413
62 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 16 S. 265
63 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 81 S. 245
64 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 81 und 16 S. 245 und 265
65 Maunz, Schranken der Grundrechte S. 7 f; Selmer S. 490
66 Denninger, Freiheitsordnung S. 548; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 234; Rupp, Grundfragen S. 136

Grundverständnis der Vorbehaltslehre festgehalten: Durch die parlamentarischen Mißtrauensvoten hätten die Parlamente ausreichende Kontrollen über die Regierungen; inhaltliche Sicherungen der Bürgerrechte wären dagegen traditionswidriges Mißtrauen gegen die Parlamente [67]. - Unberücksichtigt kann die Regierungszeit des Nationalsozialismus für die Vorbehaltslehre bleiben, da dem Führer dieselbe ungeteilte Staatsgewalt zukam wie dem Fürsten in der absoluten Monarchie.

Die formalistische Auffassung der Vorbehaltslehre konnte nach den historischen Erfahrungen über den staatlichen Machtmißbrauch für den Staatsbürger nicht ohne negative Folgen bleiben. So durfte bereits durch Gesetz oder auf der Grundlage eines Gesetzes in die Grundrechte bzw. in Freiheit und Eigentum eingegriffen werden, weshalb diese Vorbehaltslehre nur einen Schutz gegen Exekutive und Judikative enthielt, nicht aber gegenüber dem Gesetzgeber [68]. Trotz der scheinbar verfassungsmäßigen Gewährleistung der Grundrechte konnte demnach der einfache Gesetzgeber über die Grundrechte und deren Auslegung bestimmen [69]. Dieses legislative Zugriffsrecht stand nach der Beseitigung der konstitutiven Monarchie einseitig den Volksvertretern zu. Die idealisierende Einstellung zu den Volksrepräsentanten bei der Gesetzgebung, die zu der vorstehenden formalistischen Überzeugung führte, war soziologisch nur solange richtig, wie die überwiegende Mehrheit der freiheits- und eigentumsliebenden Wähler die Grundrechte gewahrt sahen, wobei hinsichtlich des Schutzes von Privateigentum bei sozialistischen und kommunistischen Abgeordneten der Weimarer Republik erhebliche Zweifel vorlagen [70]. Die Kriegsfolgen - einschließlich der Reparationslasten - lösten in der Weimarer Republik einen ungeheueren Finanzbedarf des Staates

---

67 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 212
68 Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 4; derselbe, Freiheit S. 24
69 Maunz, Schranken der Grundrechte S. 7
70 Bettermann, Freiheit S. 23

aus, wodurch sich die Zielsetzung des nunmehr herrschenden Parlaments vom Beschützer zum Bedroher von Freiheit und Eigentum wandelte [71].

Der Vorbehalt des Gesetzes diente nunmehr zur Beschränkung der Grundrechte [72] und ermöglichte einen Absolutismus der Parlamente, nachdem man glaubte, die absolutistische Zeit (der Monarchie) längst überwunden zu haben [73]. Eine weitere Steigerung in diese Richtung war das Regieren mit Notverordnungen des Reichspräsidenten, das zu Beginn der Weimarer Republik nur kurzzeitig angewendet wurde und dadurch für den Grundrechtsbereich keine wesentliche Änderung bedeutete, während es von 1930 bis 1932 das Parlament zur Bedeutungslosigkeit verurteilte [74]. Mit (formeller) gesetzlicher Hilfe wurde (materielles) gesetzliches Unrecht und (materielle) gesetzliche Unfreiheit geschaffen, was insbesondere für die Zeit des Nationalsozialismus zutraf [75]. Trotz dieser Ereignisse bestand noch längere Zeit ein Vertrauen der Gesellschaft in die "grundrechtsschützende" Volksvertretung [76].

5. Das Vorbehaltsverständnis zu Beginn der Geltung des Grundgesetzes

Aus den bitteren Erfahrungen der Vergangenheit und nicht durch den Einfluß der Besatzungsmächte änderte sich wesentlich das Verständnis zur Vorbehaltslehre bereits bei der Gründung der Bundesrepublik Deutschland [77]. Die bedeutendste Änderung der Vorbehaltslehre war die totale Bindung der Parlamente an die Verfassungen einschließlich der Grundrechte [78]. Dokumentiert wurde dies in den Artikeln 1 Absatz

---

71 Bettermann, Freiheit S. 24, der insbesondere auf Veränderungen des Wirtschaftslebens hinweist.
72 Schaumann, Gesetzgeber und Verwaltung S. 215
73 Bettermann, Freiheit S. 25
74 Bettermann, Freiheit S. 25; Maunz, Schranken der Grundrechte S. 15
75 Bettermann, Freiheit S. 25 f
76 Zippelius, Staatsrecht 25. Auflage (1983) S. 138
77 Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 5; derselbe, Freiheit S. 26
78 Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 5; derselbe, Freiheit S. 26

3 (die nachfolgenden Grundrechte binden die Gesetzgebung) und 20 Absatz 3 (die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden) GG. Der Vorbehalt des Gesetzes erhält somit ein weiteres Element, nämlich den Vorbehalt der Verfassung, wodurch "Eingriffe" in Freiheit und Eigentum nur noch möglich sind, soweit dies das Grundgesetz zuläßt. Zur Kontrolle des Parlaments und Einhaltung der Grundrechtsbindung wurde eine umfassende Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffen [79].

Mit der Erweiterung der Vorbehaltslehre im Grundgesetz ist erkennbar, daß der Staat seine öffentliche Gewalt begrenzt hat und sich - soweit als möglich - unter das Gesetz der Freiheit stellte [80]. Verfahrensrechtlich geschah dies durch eine Hemmung der Gewalten infolge verschiedenartigster Gewaltenkontrollen und Aufgabenbegrenzungen [81]. Sogar eine grundsätzliche Kompetenzvermutung für irgendeine Gewalt kann es nicht mehr geben, weil Artikel 20 Absatz 2 GG eine durchgehende demokratische Legitimation der gesamten Staatsgewalt verlangt [82], auch nicht für das Parlament als das höchste (demokratisch unmittelbar legitimierte) Staatsorgan [83]. Ohne organisatorische und verfahrensrechtliche Sicherungen würden die Grundrechte weitgehend nicht durchsetzbar sein [84]. Zu ihnen gehört auch das Fehlen eines Notverordnungsrechts, das - soweit man vom Verteidigungsfall absieht - die Grundrechte aufheben oder einschränken könnte [85]. Der Vorbehaltslehre ging es also nicht mehr vorwiegend um die Abgrenzung gegnerischer oder gar feindselig gesinnter Machtblöcke von Parlament und Verwaltung im Sinne der klassischen Gewaltenteilungslehre, sondern um Trennung von Funktionen, denn im parlamentarisch-demokratischen System des Grundgesetzes bilden Regierung als Spitze der Exekutive und Parlamentsmehrheit regelmäßig eine Handlungseinheit, - und der demokra-

---

79 Bettermann, Freiheit S. 26; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 99
80 Bettermann, Freiheit S. 29
81 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 99
82 Krebs, Vorbehalt und GG S. 110
83 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 99
84 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 20 S. 266
85 Maunz, Schranken der Grundrechte S. 15

tische Gesichtspunkt gewinnt auch beim Vorbehaltsprinzip verstärkt an Einfluß [86].

Bestrebungen aus den Erfahrungen der Vergangenheit, sämtliches Handeln der Exekutive von einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung abhängig zu machen (so von einigen Autoren als Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstanden - vergleiche Kapitel III 5.), waren nur teilweise erfolgreich [87]. Dafür wurde noch zu sehr an dem alten Vorbehaltsbegriff festgehalten [88], der individuell begünstigendes Verwaltungshandeln nicht umfaßte und erst viel später den Bereich des besonderen Gewaltverhältnisses und auch dann in nur sehr geringem Maße berücksichtigte [89].

Die Grundrechte und deren materieller wie formeller Schutz stehen im Grundgesetz an hervorragender Stelle und werden nicht von der Verfassung für die Legislative und Exekutive zur Disposition gestellt, die nunmehr selbst ihre Rechte aus der "Quelle Verfassung" schöpfen [90]. Dies gipfelt in dem Spruch, daß die Grundrechte nicht mehr nach Maßgabe der Gesetze gewährt werden, sondern die Gesetze gelten nur nach Maßgabe der Grundrechte; früher brachen die Gesetze die Grundrechte, heute brechen die Grundrechte die Gesetze [91]. Tatsächlich beeinflussen sich Gesetz und Grundrechtsnorm wechselseitig, indem das Gesetz die Grundrechtsnorm einerseits begrenzen und andererseits ausgestalten kann [92]. So soll das Gesetz in seiner zusammenordnenden und gemeinschaftsbegründenden Funktion zunächst freiheitsschaffende und freiheitsgewährende Bedeutung haben und erst dann Schranke sein [93]. Anders ausgedrückt, die Grundrechte sind in ihrem Wesen gemeinschaftsbezogen, weshalb die aufgrund spezieller

---

86 Rengeling, Vorbehalt S. 2218; vergleiche auch Krebs, Vorbehalt S. 307
87 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 213 f
88 Vergleiche Kapitel VII sowie Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 162; Franz Mayer S. 191; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 237; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 213 f
89 Vergleiche Kapitel VII sowie Franz Mayer S. 191 f
90 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 98
91 Vergleiche Bettermann, Freiheit S. 28 f; derselbe, Grenzen der Grundrechte S. 6
92 Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 6
93 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 152, 154 und 157

Gesetzesvorbehalte erlassenen Normen als Teil und Ausgestaltung der Grundrechte ebenfalls gemeinschaftsbezogen sind; sie haben deshalb primär die Grundfreiheiten zu sichern und (als deren Folge) sekundär auch einzugrenzen.

Neben den bereits eingangs erwähnten Sicherungen der Grundrechte von Artikel 1 Absatz 3 und Artikel 20 Absatz 3 GG sind im Grundgesetz noch weitere, bemerkenswerte Schranken enthalten, nämlich unter anderem die Menschenwürde (Artikel 1 Absatz 1), die Wesensgehaltsgarantie (Artikel 19 Absatz 2), die Begrenzung der Verfassungsänderung (Artikel 79 Absatz 3), die zum Teil sehr eng begrenzten (oder gar "fehlenden") Verfassungsvorbehalte bei den einzelnen Grundrechtsnormen und das Bestimmtheitserfordernis des Artikels 80 Absatz 1 GG für die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen der Exekutive.

Aus alledem ist erkennbar, wie sehr sich mit dem Grundgesetz das Vorbehaltsverständnis geändert hat. Weder die Vernunftsgedanken oder die liberalistische Freigabe freiheitlicher Rechte durch das repräsentative Parlament, noch die Neutralität der Weimarer Verfassung sind gefragt, sondern die Liebe und (Für-)Sorge für den Nächsten in dem Gewaltverhältnis zwischen Staat und Gewaltunterworfenem ist wesentlich [94].

Die weiteren, nicht mehr so grundsätzlichen Entwicklungen des Vorbehaltsprinzips und die heutige Problemlage unter der Geltung des Grundgesetzes sind aus den nachfolgenden Kapiteln III bis V und VII zu ersehen.

---

94 Hammel S. 24; Werner Thieme, Vorbehalt S. 84

K a p i t e l I I I :

Der Vorbehalt des Gesetzes im ursprünglichen Sinne unter der Geltung des Grundgesetzes sowie der Versuch eines Totalvorbehalts

1. Der nicht erweiterte Begriff und seine eventuelle Verankerung in der Verfassung

Wie so viele Begriffe stammt auch dieser von Otto Mayer, der darunter verstand, daß die vollziehende Gewalt bei gewissen, besonders wichtigen Gegenständen von einem selbständigen Vorgehen ausgeschlossen sei und in diesem Bereich eines verfassungsmäßigen Gesetzes bedürfe [1]. Den heutigen Gegebenheiten entsprechend ausformuliert, bezeichnet man mit dem Begriff im Sinne eines Parlamentsvorbehalts bestimmte hoheitliche Maßnahmen, die nach der Verfassung nur durch ein Gesetz oder auf der Grundlage eines solchen Gesetzes rechtmäßig ergehen können [2]. Die hoheitlichen Maßnahmen sehen viele Autoren im traditionellen Eingriffsdenken der Individualsphäre [3] und als Hoheitsakte der Exekutive mit Außenwirkungen, weshalb z. B. die besonderen Gewaltverhältnisse als Innenrechtsverhältnisse davon nicht betroffen seien [4]. Abzugrenzen ist der Vorbehalt des Gesetzes von den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte und anderen Gesetzen, die in der Literatur häufig nicht vorgenommen wird [5]. Vor-

---

1 Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 69 f

2 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 55 und 77 S. 230 f und 244; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 30 und 139; Kisker, Vorbehalt S. 1313; Krebs, Vorbehalt und GG S. 11, derselbe, Vorbehalt S. 304; Listl S. 12; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 208; Pietzner S. 339; zum Meinungsstreit über den Begriff des Parlamentsvorbehalts (nur formelle - d. h. vom Parlament beschlossene - Gesetze oder auch kompetenzorientiert für alle Zuständigkeiten des Parlaments?) vergleiche die Ausführungen und Nachweise bei Maurer S. 138

3 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 55 S. 231; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 139; Krebs, Vorbehalt und GG S. 11; Listl S. 12

4 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 62 S. 236; Franz Mayer S. 195; Rupp, Grundfragen S. 146; vgl. Kap. VII

liegend geht es um den (erstgenannten) Vorbehalt des Gesetzes.

Die Voraussetzungen eines formellen Gesetzes gelten nicht uneingeschränkt für alle Grundrechte, wie etwa bei Artikel 2 Absatz 1 GG und der Berufsausübungsregelung von Artikel 12 GG, oder wenn bereits ein Parlamentsgesetz bestimmte Sachgebiete, die Artikel 14 GG berühren, für weitere Regelungen eröffnet [6].

Verfassungsrechtlich ungeklärt ist dagegen, inwieweit der Vorbehalt des Gesetzes im Grundgesetz verankert ist. In einigen Landesverfassungen sind Teile des Vorbehaltsprinzips enthalten [7]. Ausdrücklich wird der Grundsatz im Grundgesetz nicht erwähnt. Teilweise wird der Vorbehalt im Grundgesetz aus Artikel 20 Absatz 3 hergeleitet, weil eine Bindung der Exekutive und der Judikative an Gesetz und Recht (Vorrang des Gesetzes) ihren Sinn verlieren würde, wenn nicht schon die Verfassung selbst verlange, daß hoheitliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen nur rechtens sei, wenn es durch förmliches Gesetz legitimiert würde [8]. Andere, die dem traditionellen Eingriffsdenken nicht so stark verhaftet sind, sehen den Grundsatz im Gewaltenteilungs-, im Rechtsstaats- und im Demokratieprinzip des Artikels 20 Absätze 1 bis 3 Grundgesetz legitimiert [9]. Dieser Auffassung wird zu Recht entgegengehalten, daß bei einer Begründung aus Artikel 20 Grundgesetz eine Unterscheidung zwischen begünstigenden und belastenden Maßnahmen nicht zu entnehmen ist, weshalb

---

5 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 31; Krebs, Vorbehalt und GG S. 11 insbesondere Anmerkung 1 mit weiteren Nachweisen; zur Abgrenzung selbst vergleiche Rottmann S. 278 (danach ist der Gesetzesvorbehalt nur eine Ausprägung des Vorbehalts des Gesetzes)

6 Beispielsfälle und deren Begründungen befinden sich unter anderen bei Jesch, Anm. zum Bay. VGH S. 430; Köttgen, Satzungsrecht S. 448; Stark, Autonomie und Grundrechte S. 461 bis 478

7 Art. 58 bad.-württ. Verf.; Art. 70 Abs. 1 bay. Verf.; Art. 2 Abs. 2 hess. Verf.; Art. 32 nieders. Verf.; Art. 2 rhld.-pf. Verf.; Art. 45 Abs. 1 bln. Verf.; - vergleiche Krebs, Vorbehalt S. 305. Bei ihnen geht es um den klassischen Eingriffsvorbehalt.

8 BVerfGE 40,237,248f; 49,89,126

9 Kisker, Zuständigkeiten S. 55; Listl S. 12; Pietzner S. 343; Walter Schmidt, Vorbehalt S. 506

dann die Väter des Grundgesetzes einen Totalvorbehalt eingeführt hätten, wogegen aber die bisherige Rechtsgeschichte und ein hierzu notwendig bestimmterer Verfassungswortlaut sprechen [10]. Auch dürfte es zutreffen, daß mit "Gesetz" in Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz beim Vorbehalt des Gesetzes nicht nur ein förmliches Gesetz verstanden werden kann, wenn ansonsten ein Gesetz im materiellen Sinne gemeint ist [11]. Diese Bedenken bestehen trotz einer teilweise längerandauernden Verfassungstradition [12].

Als weitere Lösungsmöglichkeit wird das Gewohnheitsrecht diskutiert. So sei aus dem Irrtum eines verfassungsrechtlich verankerten Vorbehalt des Gesetzes ein Gewohnheitsrecht entstanden, wobei in den wenigen Bereichen der Unsicherheit das Bundesverfassungsgericht mit seinem verbindlichen Richterrecht gemäß § 31 Bundesverfassungsgerichtsgesetz für Klärung sorgen werde [13]. Bei dieser Alternative bleibt das Problem weiterhin bestehen, ob und wieweit es Verfassungsgewohnheitsrecht gebe [14]. Gegen die Annahme von Gewohnheitsrecht spricht der fehlende Nachweis einer längeren tatsächlichen Übung, zumal einerseits verschiedenartige und teilweise erfolgreiche Konstruktionsversuche unternommen wurden, bestimmte Bereiche aus dem Vorbehalt des Gesetzes herauszunehmen, und andererseits das Prinzip in der NS-Zeit nicht angewendet wurde [15]. Wie sich noch in den nachfolgenden Kapiteln zeigen wird, gibt es erhebliche Probleme bei der Grenzermittlung des Prinzips und deren Methode zur praktischen Ermittlung.

Trotz dieser Schwierigkeiten, den Grundsatz verfassungsrechtlich zu klären, besteht doch Einigkeit, daß es ihn gibt [16]. Erklärbar dürfte er am ehesten aus den verschiedenen

---

10 Gröpl S. 193; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 190
11 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 77 S. 244
12 Krebs, Vorbehalt und Grundgesetz S. 12 und 106
13 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 79 S. 244 f
14 Krebs, Vorbehalt und GG S. 13
15 Krebs, Vorbehalt und GG S. 13 mit weiteren Nachweisen; Schwabe, Zuständigkeiten S. 115
16 Krebs, Vorbehalt und GG S. 12 mit weiteren Nachweisen; umfangreiche Nachweise auf die verschiedenen Begründungen befinden sich bei Stern, Staatsrecht I § 20 IV S. 805

Verfassungsnormen und -grundsätzen einschließlich der Grundrechte sein [17], da er allein aus einer positiven Verfassungsnorm nicht zu entnehmen ist [18]. Solange es der Wissenschaft nicht gelingt, den Grundsatz genauer zu präzisieren, wird er vermutlich nicht in einer Verfassung konkret erwähnt werden [19]. Gemessen an der Bedeutung für das freiheitliche Wertsystem des Grundgesetzes dürfen Gedanken, den Vorbehalt des Gesetzes in der unabänderlichen Verfassungsnorm des Artikels 79 Absatz 3 Grundgesetz zu sehen, allerdings als richtig erachtet werden [20].

2. Das Vorbehaltsverständnis des Grundgesetzes bei dem noch nicht wesentlich erweiterten Begriffsdenken

Bei Kapitel II 5. wurden bereits einige Elemente des neuen Vorbehaltsverständnisses angedeutet. So war zumindest in den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik das Vorbehaltsverständnis überwiegend vom liberalen, traditionellen Eingriffsdenken beherrscht, das sich auch in den Formulierungen der einzelnen Verfassungen widerspiegelt [21]. Es war geprägt einerseits durch Ausgrenzungen, Sicherungen und Kontrollen zum Schutze der Grundrechte [22] sowie andererseits durch unmittelbares Betroffensein und subjektive öffentliche Rechte [23]. Die Grundrechte durften anfänglich, abgesehen von den speziellen Regelungsvorbehalten, weder inhaltlich bestimmt noch ausgestaltet werden [24]. Zu diesem Zeitpunkt galt der Gesetzgeber nicht als Vollzieher und Verwirklicher der Grundrechte sowie des Verfassungsgeistes, sondern wegen der historischen Erfahrungen als Feind einer prinzipiell unbegrenzten Freiheit [25]. Das Gesetz (und dessen Eingriff) sollte demnach die Ausnahme zu dem Regelcharakter der frei-

---

17 Krebs, Vorbehalt und GG S. 14; Schwabe, Zuständigkeiten S. 115; Schnapp, Amtsrecht S. 248 ff stützt sich wegen einer fehlenden eindeutigen Verfassungsnorm besonders auf die Sondervorbehalte der Einzelgrundrechte

18 Werner Thieme, Vorbehalt S. 82; Schnapp, Amtsrecht S. 248 ff

19 Wimmer S. 461

20 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 80 S. 245

21 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 128 und 130; Mallmann S. 184 f; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 237

22 Mallmann S. 184 f

23 Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht S. 260

24 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 129 f

25 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 195 f und 211; Rupp,

heitlichen Grundrechte sein [26]. Bei dieser Auffassung begriffen sich Grundrechte und Vorbehaltsgesetzgebung, Individuum und Gemeinschaft, Freiheit und Recht als Gegensatzpaare [27]. Die Vorbehaltsgesetzgebung mindert demnach den Wert der Grundrechte, wobei vereinzelt sogar behauptet wurde, der Gesetzesvorbehalt befreie den Gesetzgeber von seiner Bindung an die Grundrechte gemäß Artikel 1 Absatz 3 Grundgesetz [28].

Insbesondere soweit der Gesetzgeber als Feind der Grundrechte bzw. als Ausnahmegesetzgeber angesehen wurde, haben sich die Ansichten erheblich geändert. Nunmehr wird erkannt, daß der Gesetzgeber im Dienste der Grundrechte steht, die er zu realisieren versucht und nicht verringern will [29]. Er ist aufgerufen, die Grundrechte zu verwirklichen [30]. Bewerkstelligt wurde der gedankliche Umschwung durch die veränderte staatliche Aufgabenstellung, die sich gegenüber dem traditionellen bürgerlich-liberalen Staat nunmehr vermehrt um die Daseinsvorsorge einschließlich der Verteilung, der Wirtschaft und anderer politischer Zielplanungen zu kümmern hat [31]. Am Schutze der Grundrechte vor "Eingriffen" hat sich aber nichts geändert [32], soweit man von der in diesem Bereich wenig veränderten und später noch zu erörternden Wesentlichkeitstheorie absieht. Darüber hinaus will man die Grundrechte nicht nur vor "Eingriffen" des Staates schützen, sondern der Staat soll gefährdete Freiheiten aktiv stützen, sichern und festigen [33], indem er insbesondere den unvollkommenen und lückhaften Grundrechtsschutz ergänzt [34]. Der Vorbehalt des Gesetzes hat damit die Grundrechte zu gewährleisten [35].

---

26 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 195 f
27 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 127 und 207
28 Vgl. die Hinweise bei Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 127
29 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 204 f
30 Rupp, Berufsfreiheit S. 227
31 Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht S. 258 f; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 159; Fritz Werner, Verwaltungsrecht S. 530
32 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 55 S. 231; Rupp, Grundfragen S. 140
33 Rupp, Wandel S. 173
34 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 155
35 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 156

Das Eingriffsdenken der Normen in den Grundrechtsbereich wird abgelöst durch das Ausgestalten und Begrenzen der verfassungsrechtlichen Freiheiten [36]. Diese beiden Funktionen sind nicht voneinander zu trennen, denn jede inhaltliche Ausgestaltung ist durch ihre eigenen inhaltlichen Schranken begrenzt, und jede Schranke bzw. Grenze bestimmt zugleich den Inhalt der Norm [37]. Alle Grundrechte ermächtigen ausdrücklich oder stillschweigend zu der Ausgestaltungs- oder Begrenzungsfunktion [38], wobei es sich um eine Funktion handelt, denn die Worte "Inhalt" und "Schranke" bzw. "Grenze" meinen dasselbe nur aus einer anderen Sicht: einmal aus dem (inneren) Inhalt der Norm, zum anderen von der (äußeren) Grenze [39]. Bei dieser Einstellung wird deutlich, daß das Recht zur Freiheit gehört und nicht deren Feind ist, denn es soll unabhängig von seiner Gestaltungsform letztlich Freiheit schaffen [40]. Gesetz, Recht, Freiheit und Staat sind ineinander verflochten und aufeinander angewiesen [41]. Verständlich wird dies auch, wenn man den (geschriebenen oder ungeschriebenen) Gesetzesvorbehaltsbereich der Grundrechte, der erst die gesetzlichen Regelungen zulässig macht, als Bestandteil der Freiheitsrechte sieht [42]. Andererseits schafft die grundrechtsausführende Inhalts- und Schrankenfunktion keine Normen mit Verfassungscharakter [43].

Diese Tätigkeit des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich ist ihm nicht nur erlaubt, sondern wird von ihm gefordert [44]. Eine vollständige (positive) Durchreglementierung sämtlicher Grundrechte würde dagegen aber das Ende der Freiheit bedeuten [45]. Der Umfang der Gesetzgebung wird bestimmt durch den sozialen Bezug eines jeden Grundrechts [46]. Mit der Aus-

---

36 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 130 Anm. 28, 132, 181 und 193 f; Rupp, Berufsfreiheit S. 227
37 Hammel S. 45
38 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 181 und 193 f
39 Hammel S. 45
40 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 224 ff
41 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 229
42 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 207
43 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 200 f
44 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 181
45 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 196
46 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 208 f

gestaltungs- und Begrenzungsfunktion wird die Verfassung durch den Vorbehaltsgesetzgeber konkretisiert und bestätigt sowie letztlich verwirklicht, nicht dagegen durchbrochen oder relativiert bzw. in ihrem Wert gemindert [47]. Mit ihr werden die Grundrechte aktualisiert [48], denn die Grundrechtsnormen sind bloße Grundsatznormen bzw. Richtlinien, die die Zielvorstellungen bzw. Leitbilder wiedergeben [49]. Der Vorbehaltsgesetzgeber ist ein Diener der Grundrechte, durch die er sich legitimiert [50], und stärkt die normative Kraft der Verfassung [51]. Er handelt sowohl im öffentlichen Interesse, - das auch zum Leben eines jeden menschlichen Wesens gehört [52], weil es sich in einer Gemeinschaft befindet [53], - wie im privaten Interesse [54] und denkt die grundrechtlichen Wertinhalte zu Ende [55] bzw. formt verfassungsrechtliche Wertkonstellationen [56].

Insbesondere hat der Gesetzgeber die Werte zu berücksichtigen, die den Grundrechten vorgehen [57] und die Integrationsfunktion für die Gemeinschaft erfüllen [58] bzw. Spannungen zwischen Gemeinschafts- und Individualinteressen harmonisieren [59], wobei er sich am Gerechtigkeitsdenken zu orientieren hat [60]. Es werden dadurch sowohl subjektive Rechte als auch objektivrechtliche Normen bzw. Institute geschaffen, die das soziale Leben mitbestimmen [61].

---

47 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 186, 197, 203, 205, 209, 211 und 213; Rupp, Berufsfreiheit S. 227
48 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 184 und 201; Eike von Hippel S. 15
49 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 209 und 212; Eike von Hippel S. 15
50 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 204; Rupp, Berufsfreiheit S. 227
51 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 203 und 210
52 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 209
53 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 207
54 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 133 und 203; Eike von Hippel S. 19
55 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 184
56 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 203
57 Hammel S. 47
58 Hammel S. 42
59 Schnapp, Grenzen S. 729; BVerfGE 33,125,160
60 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 161 und 226
61 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 212; Rupp, Wandel S. 166

Mit seiner Aufgabe wird der Vorbehaltsgesetzgeber zum Mittler zwischen der Verfassung und dem sozialen Leben [62]. In dieser Vermittlerrolle vermag er durch den Spielraum der generalklauselartigen Struktur der Grundrechte, die wegen ihrer Verwirklichung bzw. Aktualität in einer schnellebigen Zeit mit wechselnden Bedürfnissen elastisch sein müssen, zum Schrittmacher der Verfassungswandlungen zu werden, die noch keinen Verfassungsbruch beinhalten [63]. Den verfassungsschöpfenden Einfluß kann der Vorbehaltsgesetzgeber nur über einen längeren Zeitraum ausüben [64].

Der Gesetzgeber, der wie erwähnt seine Funktion nach integrierenden und gerechten Interessen ausrichtet, gestaltet oder begrenzt nicht nur den grundrechtlich geschützten Lebensbereich, sondern ordnet ihn auch [65]. Dies stellt keine Wertminderung der Grundrechte dar [66], denn ohne richtige Ordnung kann es keine wirkliche Freiheit geben [67]. Die Entfaltung einer jeden freien Persönlichkeit bedarf eben einer entsprechenden Ordnung [68]. Aber auch innerhalb des Staatsapperates besitzt der Vorbehalt des Gesetzes Ordnungsfunktion, indem er die Kompetenzen der Legislative im Rahmen der Gewaltenhemmung gegenüber der Exekutive und Judikative näher abgrenzt bzw. sagt, was dem Gesetzgeber vorbehalten bleibt [69].

Die Bedeutung des Vorbehalts des Gesetzes kann für das freiheitliche System der Bundesrepublik Deutschland nicht hoch genug eingeschätzt werden. Er ist der Knotenpunkt vieler Leitprinzipien der Verfassung [70], die sich in einer natürlichen Harmonie gegenseitig prägen, bedingen und begrenzen,

---

62 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 184 und 213; Walter Schmidt, Vorbehalt S. 497
63 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 209 und 218 f
64 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 220
65 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 161 und 196
66 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 203; Rupp, Berufsfreiheit S. 227
67 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 200 und 230
68 Hammel S. 41
69 Hammel S. 35; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 55 und 58 S. 231 f; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 210; derselbe, Staatstätigkeit S. B 156; Rupp, Berufsfreiheit S. 227 f; Starck, Gesetzesbegriff S. 288
70 Kimminich S. 16; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 210

die alle letztendlich die Freiheit eines jeden verwirklichen wollen [71]. Zu ihnen sind alle überragenden Strukturprinzipien unseres Grundgesetzes zu zählen, die mit der Würde des Menschen als dem obersten Wert in unmittelbarem Zusammenhang stehen: Freiheit, Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat [72]. In den nachfolgenden Abschnitten 3. bis 7. wird skizzenhaft die Verflechtung der Prinzipien mit dem Vorbehalt des Gesetzes - zum Teil ergänzend - aufgezeichnet.

3. Das Freiheitsprinzip

Die Freiheitssicherung durch den Vorbehalt des Gesetzes hat verschiedene Elemente. Hierzu darf auch der Verfassungsvorbehalt im Sinne des Gesetzesvorbehalts gezählt werden, nach dem im Grundrechtsbereich ein hoheitliches Handeln durch den (Vorbehalts-)Gesetzgeber nur entweder innerhalb der benannten Grundrechtsschranken, die um so ungefährlicher sind, je begrenzter ihr Inhalt ist, oder innerhalb der unbenannten (immanenten) Grundrechtsschranken möglich ist [73]. Über die demokratische Zusammensetzung der Gesetzgebungsorgane wird die freiheitliche Grundrechtsgesetzgebung durch die Gewaltunterworfenen kontrolliert [74]. Da der Verfassungsvorbehalt ein Teil der Grundrechte ist, gewähren beide (zumindest) einen (negativen) Freiheitsschutz (status negativus) [75]. Über den erwähnten demokratischen Aspekt wird deshalb nicht die grundgesetzliche Freiheit vom Staat bestimmt, sondern diese zentrale, verfassungsrechtlich verankerte Freiheit bestimmt den Staat, was z. B. in der Grundrechtsbindung des Artikels 1 Absatz 3 Grundgesetz zum Ausdruck kommt [76]. Die Staatsgewalt wird also durch die Freiheit legitimiert [77]. Der einzelne ist berechtigter Inhaber des Freiheitsrechts,

---

71 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 51 S. 320; Kimminich S. 16

72 Kimminich S. 16; Listl S. 12; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 715; Pietzner S. 343; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; Rupp, Berufsregelung S. 682; Walter Schmidt, Vorbehalt S. 506; Zippelius § 18 III S. 142 f; BVerfGE 41,251, 260; BVerfG NJW 1978, 807, 810

73 Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 5

74 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 155 f

75 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 156

76 Hammel S. 42

77 Rupp, Berufsfreiheit S. 227

mit subjektiven Rechten ausgestattet und nicht bloß Begünstigter eines Rechtsreflexes des objektiven Rechts [78]. Das ist der Unterschied zum sozialistischen Grundrechtsverständnis, bei dem es letztlich nicht um die Freiheit des Individuums oder einem Minderheitsschutz geht, sondern nur um eine Freiheit der Gemeinschaft bzw. der Gesellschaft als solcher. Ihre Glieder haben keine Bedeutung, weil die Vernunft des Menschen regiere, die von ihren Organen bzw. der Einheitspartei festgelegt werde. Minderheitsmeinungen könnten deshalb nur von Irregeleiteten kommen oder psychisch kranken Gehirnen entspringen. Gesetzlich verbriefte Rechte des einzelnen seien nicht durchsetzbar, wenn die Gesellschaft eine andere Meinung habe. Bei ihnen könnten deshalb Grundrechte und somit eventuelle Vorbehalte nur politische Programmsätze sein [79].

Das grundrechtliche Gesetzesvorbehalts-Verständnis hat sich dahin gewandelt, nicht nur das Individuum oder eine Minderheit gegen die scheinbare Allmacht der Staatsgewalt zu schützen, sondern auch gegenüber freiheitsbedrohenden gesellschaftlichen Gruppen [80]. Gefährdete Freiheiten sind nach heutiger Auffassung aktiv durch den Vorbehaltsgesetzgeber in geeigneter Weise und in geeignetem Umfang zu sichern, denn die Freiheit des einen darf nicht zur Vermachtung des anderen führen [81]. Von den meisten Freiheiten kann nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn ein wirtschaftlicher und sozialer Mindeststandard erreicht wird, andernfalls kommt es zu sozialen Abhängigkeiten gegenüber der Freiheit des Bessergestellten [82] sowie sozialem Klassendenken und innenpolitischen Unruhen, die bereits trotz sozialer Absicherung bei erhöhter Arbeitslosigkeit in geringem Maße feststellbar sind. An diesem Punkt verknüpft sich das Freiheitsprinzip mit dem Sozialstaatsprinzip, das zu folgenden radikalen, gegensätzlichen Äußerungen führte: Je mehr Sozialstaat,

---

78 Rupp, Wandel S. 166
79 Vgl. Rupp, Wandel S. 166 f und 176
80 Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 616; derselbe, Wandel S. 179; BVerfGE 33,125,160
81 Rupp, Wandel S. 165 und 173
82 Bettermann, Freiheit S. 34 f

desto mehr Freiheit für alle - bzw. je mehr Sozialstaat, desto größer der Freiheitsverlust [83]. Es leuchtet ein, daß jeder Sozialstaat ebenso wie ein Subventionsstaat durch Belastungen und somit durch Freiheitsbeschränkungen der Staatsbürger finanziert werden muß. Dem Freiheitsverlust des einen steht aber kein entsprechender Freiheitsgewinn des anderen gegenüber, weil die Beziehungen in einem sozialen Staat moderner Prägung zu unterschiedlich und kompliziert sind, insbesondere stehen die meisten Gewaltunterworfenen in verschiedenen Rollen, einmal als Leistungsempfänger, einmal als Leistungspflichtige [84]. Besonders augenfällig wird das Sozialstaatsprinzip für die Freiheitsrechte bei den existenznotwendigen Staatsleistungen, deren Fehlen genauso belasten kann wie der Eingriff in Freiheit und Eigentum des bürgerlich-liberalen Staates [85], weil der Bedürftige sich an dieselben normierten Spielregeln der Gesellschaft zu halten hat wie der Begüterte.

4. Das Rechtsstaatsprinzip

Die bürgerlichen Freiheiten zu sichern, ist Aufgabe des Rechtsstaates [86]. Das Rechtsstaatsprinzip, das an zentraler Stelle in der Verfassung verankert ist, wird neben anderen Verfassungsgrundsätzen häufig zur Begründung und Konkretisierung des Vorbehaltsprinzips herangezogen [87]. Mit ihm soll ein möglichst weitgehender Schutz grundrechtlicher Freiheiten erreicht werden [88]. Der Begriff wurde früher als Kampfansage an die Monarchie und für eine freie Individualssphäre verstanden [89]. Aus ihm und in Zusammenhang mit ihm entwickelten sich eine Reihe von institutionellen, freiheitsschützenden Begriffen: das Prinzip der Gesetzmäßigkeit

---

83 Bettermann, Freiheit S. 34 f
84 Bettermann, Freiheit S. 35 ff
85 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 95
86 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 12 S. 261
87 Achterberg S. 207; Häberle, Satzungsautonomie S. 911 Anm. 23; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 715; Pietzner S. 340; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; Walter Schmidt, Vorbehalt S. 506
88 Achterberg S. 207; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 12 S. 261; Zippelius, Staatsrecht § 12 I S. 86; Walter Schmidt, Vorbehalt S. 506
89 Zippelius, Staatsrecht § 12 I S. 86

der Verwaltung und der Justiz, Verbot von Mißbrauch und Willkür, der Vorrang und der Vorbehalt des förmlichen Gesetzes, die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit hoheitlicher Maßnahmen, die Rechtssicherheit, die Gerichtskontrolle der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, der Gewaltenteilungsgrundsatz, eine weitgehende Rechtsweggarantie, das Prinzip materieller Gerechtigkeit sowie verfahrensrechtliche Grundsätze wie das rechtliche Gehör, der Öffentlichkeitsgrundsatz und Einsicht in hoheitliche Vorgänge [90]. Einige von ihnen werden als über- oder untergeordnete (Teil-) Elemente des Vorbehaltsprinzips besonders häufig genannt: der Funktionen- und Gewaltenteilungsgrundsatz [91], das Gesetzmäßigkeitsprinzip von Verwaltung und Justiz [92], die Voraussehbarkeit [93], Mißbrauchs- und Willkürverbot [94] sowie das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit [95] und der Gleichheit, bei denen die Interessen der verschiedenen Gruppen auszugleichen seien, wozu die Verwaltung nicht in diesem Maße imstande wäre [96]. Das Rechtsstaatsgebot hat also in der Vergangenheit oftmals zusammen mit anderen Prinzipien - wie dem Sozialstaats- und Demokratiegrundsatz - zur Ausdehnung und Stärkung bürgerlicher Freiheiten beim Vorbehaltsprinzip geführt [97]. Verdeutlicht wird das in der Forderung der Artikel 28 und 20 Grundgesetz nach einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat, der für eine materielle Teilhabe der Staatsangehörigen an der Staatsgewalt sowie für einen gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Ausgleich unter den einzelnen Gruppen zu sorgen hat, was sich im Knotenpunkt der wesentlichen Prinzipien des Grundgesetzes, dem Vorbehalt des Gesetzes, zwangsläufig niederschlägt und die Gestaltung der Sozialordnung prägt [98]. - Im Verhältnis der Legislative zur

---

90 Badura, Daseinsvorsorge S. 632; Gröpl S. 195; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 12 S. 261; Zippelius, Staatsrecht § 12 I S. 86
91 Achterberg S. 207; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 156
92 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 156
93 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713 und 715; umstritten und mit weiteren Nachweisen hält es Rengeling, Vorbehalt S. 2218
94 Peters, Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 16; Pietzcker, Vorbehalt S. 713
95 Bellstedt S. 170
96 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 96
97 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 93 ff; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713
98 Götz S. 284

Exekutive kommt hierbei dem oftmals falsch, weil zu umfangreich, verstandenen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung große Bedeutung zu.

5. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Abgeleitet wird der Grundsatz aus der Bindung der Exekutive an Recht und Ordnung des Artikels 20 Absatz 3 Grundgesetz [99] und wird nach überwiegender Ansicht als ein Element des Rechtsstaates angesehen [100]. Ansonsten ist der Inhalt des Grundsatzes so stark umstritten, daß man schwerlich von einer herrschenden Meinung sprechen kann. Eine Klärung des Begriffs, der meist inhaltlich in Zusammenhang mit dem Vorbehalt des Gesetzes gebracht wird, soll vorliegend nicht erzielt werden, zumal dies nicht beitragen kann, die später zu erörternde Wesentlichkeitstheorie voranzubringen. Etliche Autoren verstehen den Grundsatz als ein Oberbegriff für den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes [101], wobei der Vorrang die negative und der Vorbehalt des Gesetzes die positive Gesetzmäßigkeit sei [102]. Vielfach wird bei der Definition des Grundsatzes die Eingriffsformel des Vorbehaltsprinzips [103] oder dessen Funktionstrennung [104] benutzt. Andere meinen, das Prinzip beinhalte einen Totalvorbehalt für sämtliches Verwaltungshandeln [105]. Diese Auffassung (eines Totalvorbehalts) hat erhebliche Kritik erfahren [106]; Dies

---

99 Forsthoff, Anm. zu BVerwG S. 724; Frotscher S. 9; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 55 S. 230; Peters, Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 15

100 Götz S. 284; Hansen S. 87; Menger, Praxis S. 282; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 207; nach OVG Hamburg DVBl 1954, 260 (261 und 263) ist es ein Teil des (rechtsstaatlichen) Gewaltenteilungsprinzips; dagegen sieht Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 66 und 74, das Gesetzmäßigkeitsprinzip nicht als ein Teil des Rechtsstaatsprinzips, sondern als eine davon abhängige "Verfassungsstruktur"

101 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 55 S. 230; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B. 155; Peters, Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 15; Pietzner S. 340; Starck, Gesetzesbegriff S. 273

102 Vergleiche Gröpl S. 193

103 Erichsen, Vorbehalt S. 99; Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 32; Spanner, Verwaltungsrecht S. 9; BVerfGE 13,153,160

104 Vgl. Nachweise bei Pietzner S. 344

105 Vgl. Nachweise bei Götz S. 286; Menger, Praxis S. 282

106 Vgl. auch nachfolgende Ausführungen zu Titel 8.

hätte eine völlige Gesetzesabhängigkeit der Verwaltung zur Folge [107]. Der totale Gesetzesvorbehalt würde eine mäßigende Begrenzung der Gewalten zugunsten einer herrschenden Gewalt in einer in der Verfassung nicht vorgesehenen Weise verschieben [108]. Die Verwaltung wäre dann nur noch der bloße Befehlsempfänger der Legislative, was ein verfassungswidriger Eingriff in den Kernbereich der Exekutive darstelle [109]. Auch wären die Parlamente mit einer solchen Fülle von zu erlassenden Gesetzen überfordert, weshalb die Ansicht als undurchführbar gelten müsse [110]. - Einige Autoren, die besonders auf den Wortlaut des Artikels 20 Absatz 3 Grundgesetz verweisen können, vertreten die Ansicht, der Grundsatz besage nicht mehr, als daß die Exekutive an sämtliche Normen gebunden sei [111]. Selten ist dagegen die Ansicht, die Gesetzmäßigkeit als ein rechtsstaatliches Verfassungs-Element betreffe die materiell-gesetzliche Festlegung für die Einzelakte der Exekutive zwecks Meßbarkeit und Berechenbarkeit, während sich der Vorbehalt des Gesetzes als ein demokratisches Verfassungs-Element auf die Frage beziehe, ob und inwieweit die Parlamente zu Regelungen verpflichtet seien [112].

Für die vorliegende Arbeit wird der Grundsatz nicht als selbständiges Element der Vorbehaltslehre angesehen; die ihm zugedachten und umstrittenen Inhalte werden dagegen vielfach (wie vorstehend erwähnt) als Teilbereiche anderer Elemente des Vorbehalts erachtet und bei den entsprechenden Titeln inhaltlich mit ausgeführt.

---

107 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 92
108 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 94
109 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 95; den Vorwurf eines Befehlempfängers bzw. Gesetzesautomaten erhebt Schenke, Vorbehalt S. 559; vgl. hierzu auch Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 214 f; derselbe, Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 14; Maurer S. 157
110 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 95; Götz S. 284
111 Peters, Organisationsgewalt S. 247; derselbe, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 220
112 Hansen S. 87, 95 und 348

6. Das Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip, in Artikeln 20 Absatz 1 und 28 Absatz 1 Grundgesetz erwähnt, erweitert das ursprünglich eng begrenzte "Eingriffs"-Vorbehaltsprinzip erheblich. Gesetzesfreie Betätigungsgebiete der Exekutive, die sich noch weitgehend aus der Monarchie herübergerettet haben, werden damit stark eingeschränkt, zumal im freiheitlich demokratischen Staatswesen jedes Verwaltungshandeln demokratisch legitimiert sein muß [113], weil alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht (Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz) [114].

Der Grundsatz ermöglicht den Bürgern über ein repräsentatives Parlament, den Vorbehaltsbereich selbst zu bestimmen [115]. Das darin enthaltene politische Leitentscheidungsrecht des Parlaments verbietet es der Verwaltung, die Ordnung wichtiger Lebensbereiche selbst zu regeln [116]. Die eingeschränkte Normsetzungsbefugnis der Exekutive durch Artikel 80 Grundgesetz ist nur eine logische Konsequenz der politischen Verantwortung des Parlaments hierzu [117]. Die parlamentarische (Leit-)Entscheidung begünstigt einen Ausgleich zwischen den widerstrebenden Interessengruppen [118] sowie gleichzeitig eine Integration dieser Gruppen. Ein Zugriff in den Grundrechtsbereich durch außergesetzliche Gewalten und damit eines unkontrollierten und unkontrollierbaren Dezisionismus wird somit weitgehend vermieden [119]. Letztlich stärken die demokratischen Teilhaberechte die Freiheitsrechte der Staatsangehörigen [120]. Das Vorbehaltsprinzip wird deshalb zu Recht unter anderem mit dem Demokratieprinzip in Zusammenhang gebracht [121].

---

113 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 93
114 Rengeling, Vorbehalt S. 2218
115 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 715
116 Pietzner S. 342; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; Walter Schmidt, Vorbehalt S. 506; BVerfGE 41,251,260
117 Hansen S. 91
118 BVerfGE 41,251,260
119 Rupp, Berufsfreiheit S. 228
120 Walter Schmidt, Vorbehalt S. 506; Zippelius, Staatsrecht S. 142 f (§ 18 III)
121 Vgl. vorstehend 2. (insbesondere Anm. 72); dagegen sieht Hansen S. 87, 91, 95 und 348 das Vorbehaltsprinzip ausschließlich beim Demokratiegrundsatz angesiedelt.

Der Grundsatz ist ein deutliches Zeichen einer veränderten Einstellung der Bürger zu den Aufgaben des Staates. Im liberalstaatlichen Denken der konstitutiven Monarchie und auch unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung verlangt der Bürger vom Staat, daß er sich auf ein Minimum an Aktivitäten beschränkt und die Freiheit und das Eigentum garantiert [122]. Insbesondere in den letzten beiden Jahrzehnten wünscht sich dagegen die Bevölkerung - trotz der zweifelhaften [123] Rufe nach allgemeinen Subventionskürzungen - eine planende und zuteilende Verwaltung [124]. Der Staat solle damit den Genuß aller Freiheiten durch einen möglichst hohen Lebensstandard gewähren und sichern bzw. für das Wohlergehen seiner Mitglieder sorgen [125]. Dies alles darf sich aber nach dem Willen des Grundgesetzes nur in einer integrierenden und gerechten Ordnung verwirklichen [126], denn davon leitet der Staat mit seinen verschiedenen Funktionen und Gewalten die Existenzberechtigung ab [127].

Die Umsetzung des Demokratieprinzips von den Parlamenten auf die Verwaltung gelingt deshalb regelmäßig gut, weil die Verwaltungsspitzen und die Parlamente von ihrer gegenseitigen politischen Abhängigkeit und fortdauernden Zusammenarbeit leben [128].

Die eingangs des Titels erwähnte Pflicht zur demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns erweitert den Vorbe-

---

122 Fritz Werner, Verfassungsrecht S. 530

123 Zweifelhaft deshalb, weil die politisch geäußerten Subventionskürzungs-Wünsche jeweils nicht die eigenen Interessengruppen treffen sollen, und die auftretende Mangelerscheinungen zum Teil mit neuen Subventionen gemindert oder beseitigt werden (sollen).

124 Fritz Werner, Verfassungsrecht S. 530. Die vielfach in der Literatur vorgenommene Unterscheidung von Eingriffs- zur Leistungs- und Lenkungsverwaltung erscheint nicht angebracht, weil beide Verwaltungsformen nicht exakt getrennt werden können, sondern miteinander verzahnt sind. (In diesem Sinne auch vorstehend Fritz Werner)

125 Friesenhahn, Wandel S. G 3

126 Forsthoff, Der introvertierte Staat S. 388; Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 97; Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 161

127 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 215

128 Friesenhahn, Parlament und Regierung S. 36

haltsbereich erheblich; der daraus resultierende Umfang schlägt sich in den nachfolgend zu erörternden Vorbehaltstheorien nieder [129].

7. Der Sozialstaatsgrundsatz

Erwähnt wird das Prinzip in den Artikeln 20 Absatz 1 und 28 Absatz 1 Grundgesetz als sozialer Bundesstaat bzw. sozialer Rechtsstaat. Das darf aber nicht zu dem Irrtum führen, das Grundgesetz wolle einen (reinen) Sozialstaat. Ein solcher wäre verfassungswidrig [130], weil nicht jede beliebige soziale Gestaltung möglich ist, sondern nur ein sozialer Rechtsstaat, weshalb sich der Sozialstaat nur in den Formen und Grenzen des Rechtsstaates betätigen kann [131]. Teilhabe- und Ausgleichselemente können deshalb nur im Rechtsstaat entwickelt und verwirklicht werden [132]. Entstehende oder bestehende Konflikte zwischen materiellen und sozialen Interessen werden auf diese Weise gelöst [133].

Die Aufgabe des Gesetzgebers im sozialen Rechtsstaat ist es, soziales Verhalten zu ordnen und für eine materielle Gerechtigkeit zu sorgen [134], die dem Wohle und der Entfaltung der Persönlichkeit [135] eines jeden in einem soweit wie möglich gehenden freiheitlichen Staatswesen dient. Es ist deshalb unverzichtbar, daß der Staat jedem, soweit objektive Bedürftigkeit besteht, existenznotwendige Leistungen gewährt [136], denn andernfalls ist ein Minimum an menschenwürdiger Freiheit (vergleiche Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz) nicht möglich. Bereits aus dem Sozialstaatsprinzip ist hierzu ein Rechtsanspruch gegeben. Ansonsten wird der Grundsatz ebenso wie seine einzelnen Sozialgrundrechte (z. B. Recht auf Arbeit, auf angemessene Wohnung, auf menschenwürdige Umwelt)

---

129 Vergleiche insbesondere nachfolgend 8. , Kapitel IV 20. und 21. sowie Kapitel V
130 Vergleiche das Homogenitätsprinzip von Art. 28 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG
131 Bettermann, Freiheit S. 38; Götz S. 284 f; Kap. IV 22.
132 Götz S. 284
133 Vergleiche Bettermann, Freiheit S. 32, der die Worte "Kapitalismus" und "Sozialismus" benutzt
134 Bellstedt S. 170
135 Friesenhahn, Wandel S. G 17
136 Dullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 95

in weiten Teilen der Bevölkerung geringwertig eingeschätzt, weil ihm kein den "Abwehr"-Grundrechten vergleichbarer, einklagbarer Rechtsanspruch beigefügt ist [137]. Weit größeren Einfluß hat der Grundsatz auf die Gestaltung und die objektiven Werte der Sozialordnung [138], die reale Bedingungen der Freiheitsentfaltung und Chancengleichheit herstellen und sichern sollen [139]. Bei der Ausführung des Sozialauftrages hat der Gesetzgeber nicht nur verschiedene Interessengegensätze zu berücksichtigen, sondern kann Maßstäbe für die Sozialordnung setzen [140].

Zu eventuellen Wechselwirkungen zwischen rechtsstaatlicher Freiheit und dem Sozialstaatsprinzip sind bereits Ausführungen bei oben 3. gemacht worden. Der Sozialstaatsgrundsatz erzeugt keine weiteren Gesetzesvorbehalte über die bereits bestehenden Schrankenvorbehalte hinaus [141]. Andererseits trägt er aber zur Erweiterung der Vorbehaltslehre bei [142], indem er insbesondere den rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes ebenso ausgestaltet wie die Grundrechte [143]. In einer Zeit, wo die Ansprüche durch die Möglichkeiten einer modernen Industrie- und Kulturgesellschaft ständig wachsen und somit die Freiheitsbedürfnisse intensivieren, gewinnt das Sozialstaatsprinzip für den Gesetzgeber dort an Bedeutung, wo sich soziale Unterschiede und Abhängigkeiten vermehrt und vergrößert zeigen, denn erst mit steigendem Vermögen kann der Besitzende von etlichen ihm zustehenden Grundrechten Gebrauch machen. Ausführlich dazu in Kapitel IV 22.

8. Der Totalvorbehalt als Folge des veränderten Vorbehaltsverständnisses

Mit der Einbeziehung der vorbehandelten Verfassungsgrundsätze und des veränderten Vorbehaltsverständnisses wurde und

---

137 Rupp, Wandel S. 176
138 Götz S. 284
139 Zippelius, Staatsrecht S. 143
140 Dürig, Kommentar Art. 2 Abs. 1 GG RNr. 25 S. 24
141 Bettermann, Freiheit S. 39
142 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 93
143 Götz S. 285

wird versucht, den Vorbehaltsbereich entsprechend zu erweitern. Ob der erweiterte Vorbehalt ein (radikaler) Totalvorbehalt sein muß, ist umstritten. Beim Totalvorbehalt darf das gesamte Verwaltungshandeln nur auf der Grundlage eines Gesetzes ausgeübt werden. In Österreich ist dies in der Verfassung vorgesehen [144]. Die Auffassung einer gesetzlichen Ermächtigung für jedes exekutive Handeln (Totalvorbehalt) hat in der schweizerischen Literatur und in geringem Maße auch in der Bundesrepublik Zustimmung gefunden [145].

Bedenken gegen diese Meinung wurden bereits teilweise vorstehend bei 5. zum Gesetzmäßigkeitsverständnis im Sinne eines Totalvorbehalts angeführt. Den Totalvorbehalt aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes abzuleiten, bleibt recht zweifelhaft. Zwar sind die Parlamente durch direkte Wahlen für das Volk die nahestehendsten und am besten legitimierten Organe und damit zu weitgehenden Regelungen befugt; das schließt aber nicht aus, daß fernere Organe in begrenztem Rahmen ebenfalls zur Rechtsetzung berechtigt sein können [146]. Selbst die im Grundgesetz aufgeführten Staatsgewalten verdeutlichen, daß keine totale Demokratie mit einer uneingeschränkten Herrschaftsgewalt des Parlaments besteht [147]. Aus der herausragenden Stellung demokratisch gewählter Parlamente ist allein noch kein Totalvorbehalt abzuleiten [148]. Die überragende Stellung des Parlaments kann höchstens den Vorrang seiner Willensakte begründen, nicht dagegen einen allumfassenden Vorbehalt [149]. Die Gefahr, daß ohne den umfassenden Vorbehalt die Verwaltung gesetzesfrei und somit selbstherrlich regiere [150] und damit ein Verstoß gegen die Volkssouveränität und Gleichheit vorliege [151], ist gering, da die Parlamente stets in der Lage und berechtigt sind, entsprechende Normen zur "Gefahrenabwehr" zu erlassen, und auch die Verwaltung heute demokratisch legitimiert ist.

---

144 Vergleiche Art. 18 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes vom 1.10.1920
145 Vergleiche die Nachweise bei Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 808
146 Achterberg S. 206
147 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 228
148 W. Henke, Subventionen S. 54
149 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 216
150 So der Vorwurf bei Pfeifer S. 260
151 Vergleiche die Nachweise bei Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 196

Allein Hinweise auf Artikel 20 Absätze 2 und 3 Grundgesetz begründen keine radikale Erweiterung des Vorbehaltsbereichs. So ist auch heute die Exekutive nach Artikel 20 Absatz 2 Grundgesetz, der keine Zuständigkeitsregelung enthält, demokratisch legitimiert [152]. Hätte der Verfassungsgeber mit dem Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz den Totalvorbehalt einführen wollen, hätte er die veränderte Auffassung - wie etwa in Österreich - im Wortlaut klar zum Ausdruck bringen müssen und nicht nur die Bindung an Gesetz und Recht festlegen dürfen [153]. - Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Gesetzgeber, zu einer gerechten Sozialordnung beizutragen, beinhaltet aber ebensowenig wie das Demokratiegebot einen Totalvorbehalt [154].

Obwohl der Totalvorbehalt die Exekutive weitgehend entmachtet, erhöht sich damit nicht der rechtsstaatliche Schutz des Bürgers, denn die Möglichkeit einer Leistungsklage ist zwar gegen die Exekutive, - die aber zum Handeln wegen fehlendem Legislativakt nicht verpflichtet werden könnte, - jedoch nicht gegen die Legislative auf Erlaß bestimmter Normen gegeben [155]. - Auch das rechtsstaatliche Gewaltenteilungsprinzip [156] läßt sich nicht für einen so weiten Vorbehalt anführen. So wird die Machtverteilung innerhalb der Staatsorganisation nicht idealtypisch geregelt, sondern anhand des Verfassungsrechts [157]. Mit dem Totalvorbehalt wäre die Eigenständigkeit der Verwaltung beseitigt; diese würde zum bloßen Ausführungsorgan degradiert, was keinesfalls im Sinne des Gewaltenteilungsgrundsatzes ist [158]. Ihre erforderliche Beweglichkeit in einer sich rasch ändernden Leistungsgesellschaft würde stark eingeschränkt sein [159]. Nicht vorhersehbare Augenblicksbedürfnisse - insbesondere in katastrophenähnlichen Fällen - könnten wegen der Verfahrensdauer legislativer Akte nicht mehr rechtzeitig befriedigt

---

152 Krebs, Vorbehalt und GG S. 106
153 Gröpl S. 193
154 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 216
155 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 217
156 Besser als Gewaltenhemmungsprinzip bezeichnet.
157 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 219
158 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 214f; derselbe, Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 14
159 BVerfGE 8,155,168

werden [160]. Initiative und Gestaltungskraft - insbesondere in der Wirtschafts- und Sozialordnung - als eine der hervorstechenden Elemente der Exekutive würden zur Mangelware hoheitlichen Handelns [161]. Allein die vielfältigen und deshalb auch wohl nicht vorherbestimmbaren Beziehungen innerhalb öffentlicher Einrichtungen festzulegen, ist für den Gesetzgeber ein unüberwindbares Problem und würde die Leistungsfähigkeit vieler öffentlicher Einrichtungen durch die starren und (weil zu vielgestaltig auch) lückenhaften Regelungen negativ verändern.

Ein bedeutender Einwand gegen den umfassenden Vorbehalt des Gesetzes ist die Arbeitsüberlastung, wobei solches am bekanntesten beim "professionellen" Bundesparlament mit der im Umfang steigenden Gesetzgebungskompetenz ist. Selbst bei einer "Herabzonung" des Totalvorbehalts auf den Satzungsbereich würden die mit den Parlamentariern vergleichbaren ("Hobby"-)Politiker in den Satzungsorganen, die sich regelmäßig neben ihren Parteifunktionen noch bei Kirchen, Gewerkschaften, Sport- und Kulturvereinen betätigen, durch diese Situation vermehrt in Anspruch genommen. Welche fast unerträgliche Situation bereits heute im Bundestag herrscht, hat Hans Schneider [162] beispielhaft erwähnt: 24 Gesetze im Bundestag mit zum Teil zeitraubenden Punkten an einem Sitzungstag in zweiter und dritter "Beratung" behandelt; 146 Tagesordnungspunkte des Bundesrates in dreieinhalb Stunden, davon 72 Zustimmungsgesetze und weitere 24 ("Einspruchs"-)Gesetze, abgewickelt (Seite 421); im Sozialausschuß des Bundestages innerhalb von 16 Stunden über mehr als 100 Änderungsanträge beraten und entschieden, wobei zum Teil für Beträge von 140 Millionen DM überhaupt nur 1 Stunde Zeit blieb, um "Kenntnis von den Dingen zu nehmen"; ganze Stöße von Änderungsvorschlägen werden den Ausschußmitgliedern zu Sitzungsbeginn vorgelegt, in die sich diese einzuarbeiten haben, und die von Beamten der Ministerien in Spät- und Nachtschicht ausgear-

---

160 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 237; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 215

161 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 217; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 214; Kopp, Grenzen

162 Schneider S. 421 ff mit den entsprechenden Nachweisen.

beitet wurden, weshalb es mehrfach unmöglich ist, vor der Abstimmung die Texte der Anträge ganz durchzulesen; notwendige Zahlenunterlagen liegen nicht oder nicht rechtzeitig vor; Stellungnahmen der mitberatenden Ausschüsse sind dem federführenden Haushaltsausschuß auch zum Teil erst am Tage der Beratung und Beschlußfassung vorgelegt worden (Seite 425); eines der wichtigsten und kompliziertesten Gesetze der betreffenden Legislaturperiode mußte an einem Freitag, an dem normalerweise die weit entfernt wohnenden Abgeordneten ihre Wochenendheimfahrten pünktlich antreten, in zweiter und dritter Lesung mit anschließender Beschlußfassung (spätestens bis zum Nachmittag) behandelt werden, um die Beschlußfähigkeit und damit rechtzeitiges Inkrafttreten des Gesetzes zu erreichen, wobei selbst der zuständige Fachminister wegen des Zeitdrucks nicht in der Lage war, ausführlich zu reden (Seite 427); bei einem außerordentlich wichtigen Gesetz mußte ein Ausschuß des Bundesrates wegen Zeitmangels ohne den endgültigen Text des Bundestags-Gesetzesbeschlusses beraten (Seite 429). Auf der Länderebene besteht bei der Gesetzgebung eine vergleichbare Situation [163].

Die Kritik an der Arbeitsweise des Gesetzgebers, bedingt durch den Umfang des wesentlich enger begrenzten "Eingriffs"-Vorbehaltsprinzips, konnte bzw. kann nur herb ausfallen. Mit steigender Zahl der Gesetze sinkt deren Wert einschließlich des Gesetzgebungsverfahrens, insbesondere leiden die Gesetze unter der mangelnden Sorgfalt des Zustandekommens [164]. So findet beim Erlaß von Normen der Gesetzgeber seine Grenze an seiner Leistungsfähigkeit [165]. Die Zahl derer, die bereits heute vor der Gesetzesflut warnen und eine Entlastung des Gesetzgebers verlangen, mehrt sich zusehends [166]. Zu viele Gesetze verunsichern den Bürger, der vielfach nur noch hoffen kann, gegen kein Gesetz zu verstoßen; dies führt zu einem Ansteigen von Streitfällen und damit zu einer Überlastung der Gerichte mit der Folge langer Verfahrensdauer und

---

163 Stern, Staatsrecht II § 37 IV S. 640 ; vergleiche auch Ellwein S. 1117 ff

164 Kopp, Grenzen S. 674; Hans Schneider S. 421; Stern, Staatsrecht II § 37 IV S. 640 f

165 Stark, Gesetzesbegriff S. 276

166 Kopp, Grenzen S. 674; Rengeling, Vorbehalt S. 2219; Stern, Staatsrecht II § 37 IV S. 640 ff

und geringerer Rechtssicherheit [167]. Eine solche Ausdehnung des Vorbehalts würde die Schwerfälligkeit und Beweglichkeit des Staatsapparates wesentlich vermehren [168] und die Freiheitsräume des Bürgers einschränken [169]. Die ausgeführten Beispiele zeigen, daß der Gesetzgebungsprozeß letztlich nur ein Scheinbild eines sozialen, demokratischen Rechtsstaates sein könnte, der zwar sehr aufwendig, jedoch nur wie eine unseriöse Farce wirkt [170]. Der Vorwurf, daß Parlamentsdebatten nur Fensterreden und förmliche Abstimmungen bereits bestehender Ergebnisse seien, würde sich bestätigen [171]. Erkennbare Willensbildungsprozesse im Parlament und die daraus resultierenden Verantwortungsbereiche würden verstärkt eingeschränkt. Die Motivation und eventuelle Initiativen der Parlamentarier würden bei einer bloßen Gesetzesmaschine fehlen. Ein parlamentarisch-demokratisches System mit einem derart erweiterten Vorbehaltsprinzip verliert zwangsläufig an Autorität und Interesse gegenüber seinen Staatsbürgern, insbesondere bei der jüngeren Generation [172]. Parlamentarier liefern dann vermehrt Stoffe für Witze, Kabarett und Unterhaltungsfilme. Bei der Vielzahl von Gesetzen muß es daher nicht verwundern, daß z. B. der Bundestag ein Änderungsgesetz zu einem Gesetz beschlossen hat, das längst nicht mehr in Kraft gewesen ist [173].

Eine wachsende Zahl von Gesetzen trägt zu einer unübersichtlichen Rechtslage und damit zu einem schwindenden Rechtsbewußtsein in der Bevölkerung sowie einer Verlängerung bürokratischer Prozesse bei [174]. Letztlich kann es auch eine durchnormierte und gesteuerte Verwaltung nicht geben [175], weil die Zukunft nicht vollständig feststellbar und normierbar ist [176]. Den Willensbildungsprozeß des kommunalen Satzungsgebers (als Verwaltungsorgan) überprüfbar zu machen,

---

167 Kopp, Grenzen S. 674 und 676
168 Kopp, Grenzen S. 674; BVerfGE 8,155,168
169 Kopp, Grenzen S. 674
170 Hans Schneider S. 421
171 Hans Schneider S. 433
172 Hans Schneider S. 434
173 Vergleiche Stern, Staatsrecht II § 37 IV S. 644
174 Kopp, Grenzen S. 674; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714
175 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 219
176 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714

wie dies von den Gerichten gefordert wird, wäre unrealistisch, da es dann zwangsläufig z. B. an einer freien Diskussion der öffentlichen Sitzungen kommunaler Hauptorgane fehlen würde, ebenso an der nötigen Information der Abstimmenden und dem Abwägen öffentlicher und privater Belange [177].

Die genannten Gründe sind ein Teil der Argumente, die zu den unerwünschten Erscheinungen einer Gesetzesflut gehören und vor deren Folgen gewarnt wird, nämlich insbesondere die Gefahren für die demokratische Legitimation des Rechts, für die Freiheit des Menschen, für die Rechtswirksamkeit und für die Gerechtigkeit [178]. Um etlichen Schwierigkeiten des Totalvorbehalts aus dem Wege zu gehen, versuchen einige Autoren, Zuständigkeitsvorschriften in Ermächtigungsvorschriften umzuwandeln [179]. Solchen Vorschriften fehlt aber die für das Vorbehaltsprinzip notwendige Bestimmtheit der Ermächtigung. Die Forderung nach einem totalen Vorbehalt konnte sich deshalb zu Recht nicht durchsetzen [180]. Ausdehnungen auf der Grundlage der traditionellen Vorbehaltslehre werden nachfolgend in den Kapiteln V und VI erörtert.

9. Der Bestimmtheitsgrundsatz

Der Bestimmtheitsgrundsatz ergänzt den Vorbehalt des Gesetzes [181]. Beim Vorbehalt des Gesetzes ist über das "Ob" der Regelung durch die Legislative zu entscheiden, während beim Bestimmtheitsgebot das "Wie" der Regelung im Vordergrund steht [182]. Der Bestimmtheitsgrundsatz intensiviert also den Vorbehalt des Gesetzes und verfeinert damit die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Exekutive [183].

---

177 Vergleiche Hans Schneider S. 432 f mit weiteren Nachweisen
178 Stern, Staatsrecht II § 37 IV S. 639 ff, insbesondere S. 643
179 Vergleiche die Nachweise bei Peters, Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 15
180 Schnapp, Verwaltungsvorschrift S. 178
181 Kisker, Vorbehalt S. 1314; derselbe, Zuständigkeiten S. 55; Ossenbühl, Staatsangehörigkeit S. B 157; Rengeling, Vorbehalt S. 2218 und 2221
182 Rengeling, Vorbehalt S. 2218
183 Rengeling, Vorbehalt S. 2221

Der Grundsatz ist auf der Suche nach einer präzisen Abgrenzung [184]. Bei einer scharfen Begrenzung wird erreicht, daß Willenseinflüsse der Exekutive in den Vorbehaltsbereich der Legislative gering bleiben, und nicht die Exekutive an Stelle der Legislative entscheidet [185]. Bei nicht hinreichend bestimmten Normen führt die Exekutive diese nicht aus, sondern entscheidet selbst über sie [186]. Das Parlament darf sich nicht durch zu große Unbestimmtheit seiner gesetzgeberischen Verantwortung entledigen [187]. Die Gerichte könnten dann die Anwendung der Normen durch die Verwaltung nicht mehr überprüfen [188]. - Die Legislative würde einseitig die grundgesetzlich festgelegte Gewaltenverteilung verschieben [189].

Der Grundsatz wird mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip in Zusammenhang gebracht [190]. Die genaue verfassungsrechtliche Ableitung des Bestimmtheitsgrundsatzes ist umstritten [191]. Meist wird das Bestimmtheitsgebot als ein Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips bezeichnet [192]. Der rechtsstaatlichen Forderung, gesetzliche Ermächtigungen müßten so bestimmt sein, daß sie für den Bürger voraussehbar und berechenbar seien, folge aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung [193], wird entgegengehalten, dies überzeuge nicht, da auch die von der Verwaltung zu erlassenden Rechtsnormen inhaltlich genau so viel oder wenig Rechtssicherheit für den Bürger böten wie ein Parlamentsgesetz [194]. Für die zuerst genannte Ansicht spricht die rechtsstaatliche Forderung des Artikels 19 Absatz 4 GG nach einem möglichst lükkenlosen Gerichtsschutz des Bürgers, weshalb Ermächtigungs-

---

184 Krebs, Vorbehalt und GG S. 109
185 Spanner, Verwaltungsrecht S. 9; Starck, Gesetzesbegriff S. 275; Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 816
186 BVerfGE 8,274,325
187 Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 816; BVerfGE 6,32,42; 34,52,60
188 BVerfGE 13,153,161
189 BVerfGE 34,52,60
190 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157; Rengeling, Vorbehalt S. 2221
191 Rengeling, Vorbehalt S. 2221
192 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157
193 Starck, Gesetzesbegriff S. 277; Zippelius, Staatsrecht § 12 III S. 94; BVerfGE 8,274,325; 9,137,147; 13,153,160
194 Kisker, Vorbehalt S. 1315; derselbe, Zuständigkeiten S. 58

normen hinreichend bestimmt sein müßten [195]. Dasselbe gilt für das oben erwähnte grundgesetzliche Prinzip der Gewaltenbalancierung [196], das aber neben rechtsstaatliche auch demokratische Elemente enthält [197].

Demokratische Elemente des Bestimmtheitsgebotes werden in der Literatur mit erweiterten Theorien des klassischen Vorbehaltsprinzips erwähnt, insbesondere mit der noch später zu erörternden Wesentlichkeitstheorie [198]. Gegen den demokratischen Einfluß wird zuweilen eingewendet, daß im parlamentarischen System auch die Exekutive mindestens mittelbar demokratisch legitimiert sei, und es nicht mehr die Frontstellung zwischen der demokratisch legitimierten Volksvertretung und der monarchischen Verwaltung gebe, insbesondere würden Regierungsparteien, Parlamentsmehrheit und Regierung politisch in einem Boot sitzen [199]. Gelegentlich wird ebenfalls das Sozialstaatsprinzip angeführt, weil es auch das Ausmaß der Bestimmtheit prägen könne [200].

Eine strenge Ansicht verlangt die ausschließliche Bestimmung des zu Regelnden in dem ermächtigenden Gesetz [201]. Für sie werden insbesondere die oben erwähnten rechtsstaatlichen Argumente angeführt [202]. Eine Ausweitung des Vorbehaltsprinzips auf der Grundlage eines derartigen [203] Bestimmtheitsgebotes würde zu den selben Folgen führen wie bei dem vorstehend erörterten Totalvorbehalt, z. B. Überlastung und Bürokratisierung der Parlamente, politischer Vertrauensverlust der Volksvertretungen [204]. Insbesondere gefährdet sie die grundgesetzlich garantierte Eigenständigkeit der Verwaltung

---

195 BVerfGE 8,274,326; 13,153,161
196 Spanner, Verwaltungsrecht S. 9; BVerfGE 8,274,325; 13, 153,161
197 Kisker, Zuständigkeiten S. 59
198 Geitmann S. 133; Kisker, Vorbehalt S. 1313 f; derselbe, Zuständigkeiten S. 59; Niehues S. M 52 und M 62; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157; Rengeling, Vorbehalt S. 2221; OVG Münster DVBl. 1978, 62, 64
199 Kisker, Vorbehalt S. 1314
200 Niehues S. M 45
201 Vergleiche die Nachweise bei Geitmann S. 37
202 Zippelius, Staatsrecht § 12 III S. 94; BVerfGE 8,155,168
203 Im Sinne einer ausschließlichen Bestimmung in dem ermächtigenden Gesetz
204 Kisker, Vorbehalt S. 1316

sowie die zu ihrer Aufgabenerfüllung notwendige Flexibilität [205]. Planende Gestaltungen der Exekutive wären nicht möglich, was gegen das Sozialstaatsprinzip verstößt [206]. - In Übergängen zu der Meinung werden verschieden hohe Grade an Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigungsnorm mit und ohne Bezugnahme auf Artikel 80 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz vertreten [207]. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist eine Einschränkung des Vorbehaltsprinzips, der vermeiden will, daß das Vorbehaltsprinzip durch Globalermächtigungen zu einer Farce wird [208]. Besonders die Zweckbestimmung der Ermächtigungsnorm soll die Bindung an diese sichern [209]. Gegenüber einer zu strengen Regelung werden etwa die selben Einwendungen vorgebracht wie gegen den Totalvorbehalt und darauf hingewiesen, daß bei gerechten Entscheidungen viele konkrete Umstände zu berücksichtigen sind, die der Gesetzgeber vernünftigerweise in seinen Regelungen nicht vollständig einbeziehen und voraussehen kann [210]. Der Gesetzgeber hat seine Regelung deshalb nicht so weit als möglich zu bestimmen, sondern nur hinreichend zu bestimmen [211].

Die Methoden der Bestimmung sind vielfältig. Weit verbreitet sind 3 Gruppierungen: die inhaltliche Umschreibung, die Grenzbestimmung durch Hinweise auf spezielle und allgemeine Bindungen und verfassungskonforme Eingrenzung des Gesetzes - sowie letztlich die Bezugnahme auf die bisherige Handhabung des Gesetzes [212]. Bei der Bezugnahme auf die seitherige Praxis gibt es erhebliche Bedenken, soweit sich diese Praxis nicht auf andere zulässige Methoden stützt [213]. Der Form nach ist sowohl eine abstrakte Umschreibung oder eine (konkrete) kasuistische Aufzählung möglich, die zwar wesentlich bestimmter abgefaßt werden kann, bei der dann die Gefahr besteht, selten vorkommende, aber gewollt geregelte Fälle

---

205 Zippelius, Staatsrecht § 12 III S. 94
206 Brohm, Verwaltungsrecht S. 268
207 Kisker, Vorbehalt S. 1313 f; umfangreiche Nachweise bei Krebs, Vorbehalt und GG S. 107; Starck, Gesetzesbegriff S. 277 und 287; Zippelius, Staatsrecht § 12 III S. 94; BVerfGE 9,137,147; 13,153,160; BVerfG NJW 1981, 1311
208 Kisker, Vorbehalt S. 1313 f; BVerfGE 13,153,160; BVerfG NJW 1981, 1311
209 Starck, Gesetzesbegriff S. 279
210 Starck, Gesetzesbegriff S. 276
211 Rengeling, Vorbehalt S. 2221
212 Geitmann S. 35 ff
213 Geitmann S. 43

nicht zu erfassen und damit ungerecht zu werden [214]. Ermächtigungsnormen sind einerseits geprägt durch verschiedene Grade der Selbständigkeit der bemächtigten Exekutive, der andererseits verschiedene Grade der Unbestimmtheit der Ermächtigungsnorm entsprechen [215]. Auf den Grad der Bestimmtheit haben auch die verschiedenen Vorbehaltslehren im Meinungsbild Einfluß. Aus der Sicht der später noch zu behandelnden Wesentlichkeitstheorie ergibt sich die Formel: Je wesentlicher oder bedeutender eine Angelegenheit ist, um so bestimmter muß die gesetzliche Regelung erfolgen [216]. Die Bedeutung der Angelegenheit werde von dem Einfluß rechtsstaatlicher, demokratischer und sozialstaatlicher Grundsätze bestimmt [217]. Auf der Grundlage des traditionellen Eingriffsvorbehalts entscheidet über die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot der Grad der voraussichtlichen Belastung der Ermächtigungsnorm für den Bürger [218].

Vielfach gibt es Fallgruppen, die es geboten erscheinen lassen, an den Grundsatz geringere Anforderungen zu stellen. Dies trifft auf vielgestaltige und schnell wechselnde Verhältnisse zu, wie z. B. auf das Wirtschaftsleben, weil andernfalls gerechte Regelungen der Exekutive nicht erzielt werden können [219]. Zu berücksichtigen ist außerdem - insbesondere aus der Sicht der Wesentlichkeitstheorie - die Bedeutung der Materie, in deren Bereich die Ermächtigungsnorm fällt sowie die Bedeutung der Ermächtigungsnorm selbst [220]. Es spielt auch eine Rolle, in welchem Umfange das zu regelnde Sachgebiet einer genaueren begrifflichen Umschreibung zugänglich ist [221]. Dem Gesetzgeber ist es demnach nicht schlechthin verwehrt, Generalklauseln und unbestimmte

---

214 Eike von Hippel S. 17; Starck, Gesetzesbegriff S. 276
215 Geitmann S. 50
216 Geitmann S. 133; Niehues S. M 52 und M 62; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 156; OVG Münster DVBl. 1968, 62, 64
217 Niehues S. M 45
218 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 354; Rengeling, Vorbehalt S. 2221; BVerfG NJW 1981, 1311
219 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157; Rengeling, Vorbehalt S. 2221; Starck, Gesetzesbegriff S. 276; BVerfGE 8, 274,326; BVerfG NJW 1981, 1311
220 Geitmann S. 133; Rengeling, Vorbehalt S. 2221; Starck, Gesetzesbegriff S. 276; BVerfG NJW 1981, 1311
221 BVerfGE 8,274,326; BVerfG NJW 1981, 1311

Rechtsbegriffe zu verwenden [222]. Insoweit kann der Exekutive ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt werden [223]. Bei all dem darf es aber nicht so weit gehen, daß die ausfüllungsbedürftige Lücke so viele Möglichkeiten für die Verwaltung offen läßt, daß jede Möglichkeit willkürlich wäre [224]. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo eine zwingende Auslegung nicht mehr zu ersehen ist [225]. Die Gesetze dürfen also nicht so offen und unbestimmt sein, daß sie nicht mehr in der Lage sind, ihre Vorbehaltsaufgaben zu erfüllen, nämlich die Regelungen der Verwaltung (in gewissem Umfang) vorauszubestimmen [226]. Allgemein verbindliche Kriterien für den Einzelfall sind nicht feststellbar [227]. Möglich ist nur eine allgemeine Orientierung, weshalb immer anhand des zur Debatte stehenden Ermächtigungsgesetzes die "Bestimmtheitserfordernisse" zu prüfen sind [228]. Verwechselt werden darf der Begriff aber nicht mit dem der Klarheit, denn es kann bestimmte, aber unklare sowie klare, aber unbestimmte Normen geben [229].

Überall dort, wo es nicht gelingt, allgemein zwingende Kriterien zu finden, werden in der Literatur entweder bloße Beispielsfälle genannt oder gar zwecks Abgrenzung Fallgruppen gebildet. Die Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes wird besonders gefordert für generelle Verhaltensregelungen [230], für die Übertragung von Sachgebieten auf die Exekutive [231], für das Abgabenwesen, zu dem neben den Steuern [232] im kommunalen Bereich besonders die Anschluß- und Benutzungszwänge zu rechnen sind, deren objektive Merkmale in den Satzungen hinreichend bestimmt werden müssen [233]. Ganz allgemein zu nennen ist hierzu das Gebiet des Grundrechtsschutzes [234]. Für die Gestaltungsfunktion der Verwaltung soll der Be-

---

222 BVerfGE 8,274,326; 13,153,161; BVerfG NJW 1981, 1311
223 BVerfGE 8,274,326
224 Geitmann S. 59
225 Geitmann S. 30
226 Starck, Gesetzesbegriff S. 276
227 BVerfG NJW 1981, 1311
228 Starck, Gesetzesbegriff S. 277
229 Geitmann S. 28
230 Brohm, Verwaltungsrecht S. 268
231 Friedrich Klein S. 61
232 BVerfGE 19,253
233 Seeger/Wunsch S. 105 ff
234 OVG Münster DVBl. 1978, 62, 64

stimmtheitsgrundsatz nur sinngemäß gelten [235], während Stimmen, die sich gegen einen erweiterten Vorbehalt wenden, insbesondere bei der Verwaltungsorganisation - einschließlich der Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften [236], sich logischerweise mit denselben Argumenten auch gegen das Bestimmtheitsgebot auf diesem Gebiet wenden, weil sie bereits die Voraussetzungen des Bestimmtheitsgebotes (das "Wie" der Regelung), nämlich den Vorbehalt selbst (das "Ob" der "Regelungspflicht"), dort ablehnen. Bei den Fallbeispielen sind dem Wortlaut nach vage Generalklauseln zulässig, die scheinbar der Verwaltung Ermessensspielräume gewähren, was tatsächlich aber (zumeist) nicht zutrifft, wie z. B. bei "sonstigen erheblichen Belangen" oder "guten Sitten" oder Billigkeitsvorschriften [237].

10. Verschiedene Typen des Vorbehalts

Unter dem Einfluß der Vorbehaltslehren, der Verfassungsprinzipien und der staatlichen Funktionen sind die verschiedenen Typisierungen des Vorbehalts geprägt, von denen nachfolgend einige in der Literatur häufig erwähnte Einteilungen kurz erörtert werden: Nach den Funktionen für die gesetzliche Ermächtigung werden der rechtsstaatliche (allgemeine), der institutionell-organisatorische und der demokratische Vorbehalt unterschieden [238]. Unter dem rechtstaatlichen (allgemeinen) Vorbehalt wird weitgehend der traditionelle Eingriffsbereich (von "Eigentum und Freiheit") verstanden [239], während der institutionell-organisatorische Vorbehalt die hoheitliche Organisation - einschließlich der Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften - betrifft, der sich untergliedert in einen notwendigen Vorbehalt, - das sind solche Vorbehalte, die sich bereits ohne Nennung in der Verfassung aus dieser ergeben können, wie z. B. der gesetzliche Richter (Artikel 101 Grundgesetz), die bundeseigene Verwaltung (Artikel 87 Grundgesetz), die Bundeswehrverwaltung (Ar-

---

235 Brohm, Verwaltungsrecht S. 268
236 Vergleiche BVerfGE 8,155,168
237 Geitmann S. 51 f; BVerfGE 6,32,42
238 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 89 ff; Listl S. 12 f
239 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 90 ff

tikel 87 b Grundgesetz), das Zusammenwirken der Bundes- und Länderfinanzbehörden (Artikel 108 Absatz 4 Grundgesetz), - und in einen fakultativen Vorbehalt [240]. Der institutionelle Vorbehalt verhindert unter anderem, daß die Exekutive von sich aus neue Rechtssubjekte schafft [241]. Nach dem demokratischen Teil, der seinen Niederschlag in der Wesentlichkeitstheorie gefunden hat, müssen die (politischen) Leitentscheidungen durch den Gesetzgeber getroffen werden [242], der damit das Teilhaberecht des Staatsbürgers zum Ausdruck bringt.

Nach der Wirkung und dem Standort kann der Vorbehalt unterschieden werden einerseits in ein objektivrechtliches Verfassungsprinzip, das rechtsstaatliche, demokratische [243] und soziale Elemente aufweist, sowie alle hoheitlichen Regelungen einschließlich Verfahrens-, Organisations- und Kompetenzvorschriften [244], die den Staatsbürger berühren, ihm Rechte gewähren und Pflichten auferlegen können, andererseits in ein individualrechtliches Prinzip, das sich bei den einzelnen Grundrechtsnormen wiederfindet und sie prägt [245]. Die Abgrenzung wurde bereits oben bei 1. in den Begriffen "Vorbehalt des Gesetzes" als Parlamentsvorbehalt und "Gesetzesvorbehalt der Grundrechte" erwähnt.

Früher wurden die beiden Grundrechtskategorien "Begrenzen" bzw. "Eingreifen" und "Gestalten" unterschieden [246]. Bei oben 2. wurde erörtert, daß diese Abgrenzung nicht sinnvoll ist, da sie sich gegenseitig bedingen. Bei den Vorbehaltslehren wurden und werden je nach Verfassungsentwicklung 3 Grundtypen [247] diskutiert: Neben dem bereits erörterten traditionellen "Eingriffsvorbehalt" und dem "Totalvorbehalt" ist der zwischen den beiden stehende, aus der Sicht des Eingriffsvorbehalts "erweiterte Vorbehalt" zu nennen, dessen

---

240 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 95 ff; Listl S. 14
241 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 267
242 Listl S. 14
243 Umstritten, vergleiche nachfolgend Kapitel IV und V
244 Umstritten, vergleiche Kapitel IV und VIII
245 Pietzner S. 341; Rupp, Anm. zu VGH S. 226
246 Bullinger, Gesetzgeber und Verwaltung S. 240; Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 140 f
247 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 210 f

aktuellestes Produkt die noch später zu behandelnde Wesentlichkeitstheorie ist.

11. Die Regelungsfähigkeit und -bedürftigkeit sowie deren Folgen

Der Vorbehaltsbereich des Gesetzgebers, innerhalb dessen er regeln muß, damit die Exekutive tätig werden kann, ist von dem Bereich zu trennen, der der Verwaltung so lange überlassen bleibt, bis sich die Legislative im Bedarfsfall auch dieses Gebietes bemächtigt [248]. Bei der zweiten Gruppe kommt dem Gesetzgeber ein großes Ermessen zu, zu entscheiden, ob er ein bestimmtes Sachgebiet selbst bestimmen will oder es der Exekutive überläßt [249]. Die Abgrenzung beider Gruppen voneinander kann nicht durch allgemeine Kriterien verbindlich festgelegt werden. Dies ist die Aufgabe der Vorbehaltslehren (und der zu ihnen gehörende Bestimmtheitsgrundsatz), am Einzelfall eine Entscheidung herbeizuführen, wobei insbesondere die neuere Verfassungsentwicklung und jüngere Rechtsprechung zu beachten sind [250]. Wird die Legislative in dem fakultativen Bereich einmal tätig, schließt das insoweit eine Regelung der Verwaltung durch den Vorrang des Gesetzes als höchste hoheitliche Willensäußerung [251] aus, die seinerseits nur wieder durch eine entsprechende Norm beseitigt oder durchbrochen werden kann [252]. Dem Gesetzgeber ist es dabei möglich, einzelne Sachgebiete unter seinen Vorbehalt zu stellen und damit seinen Machtbereich zu erweitern, nicht dagegen einen weitgehenden Totalvorbehalt einzuführen, der, wie vorstehend bei 8. zu ersehen ist, gegen die Verfassung, insbesondere gegen deren Gewaltenteilungsprinzip, verstoßen würde [253]. Es ist ihm außerdem verwehrt, verfassungsrecht-

---

248 Achterberg S. 206; Listl S. 12; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 712; Pietzner S. 339
249 Listl S. 12; Rengeling, Vorbehalt S. 2219
250 Listl S. 12
251 Pietzner S. 339; Starck, Gesetzesbegriff S. 273
252 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 68 S. 240
253 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 106; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 94 f; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 217, der den Totalvorbehalt aber nicht als verfassungswidrig, sondern nur als schädlich erachtet.

liche Strukturen zu verändern, insbesondere in den Kernbereich der Exekutive einzugreifen [254], zu denen auch die Geschäfte der laufenden Verwaltung gehören [255]. Die Verwaltung kann deshalb nicht zum bloßen Befehlsempfänger des Gesetzgebers erniedrigt werden [256]. Ebenfalls unzulässig ist z. B. die Übertragung der Befugnis an die Verwaltung, Rechtsnormen der Legislative zu ändern, weil dies gegen die vorrangigen Kompetenznormen [257], in der Regel die jeweilige Verfassung, verstößt [258].

Im übrigen dürfen die Rechtssätze selbstverständlich nur im Rahmen vorrangiger Normen, insbesondere des Verfassungsrechts (z. B. Artikel 19 Grundgesetz), erlassen werden. Der Verwaltung ist es untersagt, im Bereich der Vorbehaltsgesetzgebung ohne vorhergehende gültige Ermächtigung der Legislative aktiv zu werden [259]. Andernfalls führt dies zur Rechtswidrigkeit und deren unterschiedlichen Folgen [260]. Der einzelne hat sogar, soweit es keinen anderslautenden gültigen Rechtssatz gibt, über Artikel 2 Absatz 1 Grundgesetz ein subjektiv-öffentliches Recht, daß (belastende) Verwaltungsakte ohne gültige gesetzliche Ermächtigungen zu unterbleiben haben [261].

---

254 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 106 f
255 Friesenhahn, Regierung und Parlament S. 37
256 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 94 f
257 Hierzu gehört z. B. auch die Delegation zur Satzungsgebung des Gemeinderates an ihre Gemeindeverwaltung (Schmidt-Aßmann S. 189)
258 Friedrich Klein S. 61
259 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 58 S. 232; Schwabe, Mißdeutungen S. 623
260 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 30
261 Gallwas, Faktische Beeinträchtigung S. 91; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 57 S. 231; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 135

K a p i t e l I V :

Gehören den Bürger begünstigende hoheitliche Regelungen zum Vorbehaltsbereich?

1. Die veränderte Verfassungs- und Sozialstruktur bringt neue Aufgaben

Auf die veränderte Verfassungsstruktur wurde bereits in den beiden vorangehenden Kapiteln hingewiesen. Ob der Verfassungswandel aufgrund einer andersgearteten Sozialstruktur oder als Folge neuer hoheitlicher Aufgaben zu sehen ist, mag dahingestellt bleiben. Einerseits hat sich sozial die Denkweise von der konstitutionellen Monarchie mit ihren gesellschaftlichen Kasten zu einer gleichmachenden Sozialstaatlichkeit der Demokratie hin gewandelt [1]. Der Wandel in der Sozialstruktur hatte auch Einfluß auf den Wandel in der Verfassungsstruktur und damit auch auf die Aufgaben des Staates [2]. Besonderer Wert wird heute auch auf die Volkssouveränität gelegt [3], bei der der Bürger nicht mehr dem Staat gegenübersteht, sondern ihn selbst trägt [4]. - Andererseits hat sich das Verfassungsrecht dahingehend geändert, daß die Wohlfahrt, die "Privatglückseligkeit" des einzelnen, die gesamten Wirtschafts- und Sozialabläufe nicht mehr vom Staat als gegeben hingenommen werden, sondern sie sind durch das Bekenntnis des Grundgesetzes zur Sozialstaatlichkeit zur Sache des Staates geworden [5]. - Auch die Grundrechtsdogmatik der konstitutionellen Monarchie, daß die Grundrechte nur subjektiv-öffentliche Abwehrrechte gegen gezielte freiheitsbeschränkende Aktivitäten des "Eingriffsstaates" seien, und damit staatliche Leistungen "grundrechtsneutral" wären, ist überholt, was nicht ohne Einfluß auf das mit den Grundrechten zusammenhängende Vorbehaltsprinzip bleiben kann [6]. Die

---

1 Franz Mayer S. 191
2 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 176
3 Rupp, Grundfragen S. 140
4 Mallmann S. 185
5 Hansen S. 282 mit weiteren Nachweisen
6 Krebs, Vorbehalt S. 306

Grundrechte sind heute auch objektiv-rechtliche Normen zur Ausgestaltung des gesellschaftlichen Lebens.

Dieser Wandel muß zwangsläufig zu einer Neubesinnung zum Vorbehalt des Gesetzes einschließlich dessen Grenzen führen [7], wobei insbesondere von der Funktion und dem Aufbau der Parlamente auszugehen ist [8]. Zu bestimmen, ob und gegebenenfalls inwieweit hoheitliche (in der Regel für den Bürger begünstigende) Leistungen zum Vorbehalt des Gesetzes gehören, ist zuerst das Recht des Verfassungsgebers. Aus dem vorangegangenen Kapitel wurde bereits erkennbar, daß die Legislative weder in der Verfassung noch anderswo eine allgemeine Regelung dazu getroffen hat. Auch ist unter der Geltung des Grundgesetzes eine allgemeine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Exekutive (wie in der Monarchie) oder der Legislative nicht feststellbar. Dagegen sind einerseits einzelne spezielle Leistungsregelungen im Grundgesetz enthalten, wie etwa Artikel 115 Absatz 1 Satz 1 GG zu den Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen des Bundes [9] sowie andererseits Regelungen, die nicht zwischen Eingriff und Leistung unterscheiden, wie z. B. das Rechtsverordnungsrecht des Bundes (Artikel 80 GG - ähnliche Regelungen befinden sich auch in den Landesverfassungen) [10]. Es ist demnach der Gesetzgeber aufgerufen, für eine konsequente Interpretation des Artikels 20 GG zu sorgen [11]. Die bekannteste einschlägige Norm der unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebung ist Artikel I § 31 des ersten Buches des Sozialgesetzbuches, die besagt, daß alle Rechte und Pflichten des Sozialgesetzbuches nur begründet, festgelegt, geändert oder aufgehoben werden dürfen, wenn es ein Gesetz vorschreibt oder zuläßt. Die spärliche Normierungspflicht einer Leistungsgewährung darf aber nach den bisherigen Ausführungen nicht allein bereits den Schluß nahelegen, daß in anderen Fällen eine gesetzliche Ermächtigung nicht erforderlich sei. Weitere Überlegungen sind deshalb notwendig.

---

7 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 71 S. 241; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 176; Franz Mayer S. 191 f
8 Rupp, Ministerial-Erlasse S. 413
9 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 185; ähnliche Bestimmungen befinden sich in den Landesverfassungen.
10 Rupp, Grundfragen S. 115; Selmer S. 494 mit weiteren Nachweisen
11 Franz Mayer S. 196

2. Bei der Gesetzgebung steht nicht mehr die Abgrenzung des Eingriffs von der Leistung im Vordergrund, sondern vorrangig sind heute die Sozialabläufe

In der konstitutionellen Monarchie beinhalteten die Gesetze überwiegend Regelungen der "Eingriffe in Freiheit und Eigentum", während sie heute vermehrt hoheitliche Leistungen regeln [12]. Die Gesetzgebung des Verfassungsstaates hat im modernen Industriezeitalter nunmehr die Aufgabe, soziale Abläufe im Bereich der Daseinsvorsorge des einzelnen und gesellschaftlicher Gruppen zu steuern und damit eine verbindliche öffentliche Ordnung zu schaffen [13]. Das wichtigste Mittel, diesem Ziel näher zu kommen, sind auch bei den Kommunen sowohl Leistungen in Form von subventionellen Wohltaten [14], als auch sonstige Leistungen, die insbesondere die Infrastruktur und die Lebensqualität fördern. Zudem hat sich auch ein Wandel im grundrechtlichen Vorbehaltsprinzip vollzogen: So genügt es für einen effektiven Grundrechtsschutz nicht, einen Schutzbereich vor Eingriffen aufzubauen, sondern es bedarf auch vielfältiger hoheitlicher Leistungen [15], damit jeder in den möglichen Genuß der Grundrechte kommen kann, z. B. für ausreichend quantitative und qualitative Bildungseinrichtungen im Rahmen der Leistungsfähigkeit ebenso zu sorgen wie für einen existenznotwendigen Lebensstandard, der Chancen zur Selbsthilfe eröffnet.

Die Absichten des Verfassungsgebers sowie die Bedürfnisse des einzelnen und einer modernen Industriegesellschaft sollten nicht durch die Verkennung der Bedeutung hoheitlicher Leistungen und durch restriktive verfassungsgeschichtliche Interpretation unterlaufen werden [16].

---

12 Forsthoff, Anm. zu BVerwG S. 725; Huber, Verfassungsgeschichte S. 915
13 Forsthoff, Anm. zu BVerwG S. 725, Huber, Verfassungsgeschichte S. 915
14 Krüger, Intervention S. 137; Stern, Subventionierung S. 524
15 Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 616
16 Franz Mayer S. 193

3. Zur Klarstellung der Funktion der Subvention als der in der Diskussion bedeutendsten Art einer Leistungsgewährung

Bei der Diskussion, ob und inwieweit hoheitliche Leistungen zum Vorbehalt des Gesetzes gehören, wird vielfach auf die Subventionen verwiesen bzw. aus dem Begriff heraus für eine Erweiterung der Vorbehaltslehre argumentiert. Der öffentlich-rechtliche Subventionsbegriff sowie dessen Auswirkungen sind aber weitgehend ungeklärt. Definitionen zu dem Begriff gibt es viele: a) staatliche Nutzungs- und Hilfsmaßnahmen für die Wirtschaft [17]; b) öffentliche Leistungen des Staates, die zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zweckes gewährt werden [18]; c) eine geldwerte Zuwendung ohne Rückzahlungsverpflichtung, Kreditierungen, Gewährleistungen aller Art (z. B. Bürgschaften) und Realförderungen als die Fälle effektiver Begünstigungen [19]; d) von Hoheitsträgern unmittelbar an Unternehmer zu Produktionszwecken gewährte finanzielle Sonderunterstützungen, die in die marktwirtschaftliche Wettbewerbslage eingreifen und eine Änderung des freien Zustandekommens von Sozialprodukt und Einkommen bewirken [20]; e) alle wirtschaftlichen Fördermaßnahmen des Staates, gleich, ob sie Privaten oder Verwaltungsträgern zugute kommen, ob sie in einem unmittelbaren Zuschuß oder in einer ähnlichen Vergünstigung bestehen, oder ob sie nur mittelbar eine Förderung darstellen [21]; f) vermögenswerte Leistung eines Trägers öffentlicher Verwaltung, ohne synallagmatischen Gegenwertscharakter [22]; g) einheitliche Ordnungsaufgabe des innenstaatlichen Rechts, bei denen es sich um vermögenswerte Zuwendungen handelt, die vom Staat oder seinen besonderen Verwaltungseinheiten (Subventionsträger) unmittelbar oder durch Dritte (Subventionsvermittler) natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts (Subventionsempfänger) zu einem öffentlichen Zweck gewährt werden, der weder ausschließlich in unmittelbarer Gewährung

---

17 BGH DÖV 1959, 710
18 BVerwG DÖV 1959, 707
19 Hans Peter Ipsen, öffentliche Subventionierung S. 55
20 Stern, Subventionierung S. 521
21 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 178
22 Reuss S. 278

oder Mehrung des Einkommens der Subventionsempfänger noch im Entgelt für eine Leistung bestehen darf [23].

Das Haushaltsrecht kennt diesen Begriff nicht, dagegen enthält es Zuwendungen, Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren führen können, ferner Kreditzusagen, Aufwendungsersatz an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung, Zuschüsse an juristische Personen des privaten Rechts und an staatlich verwaltetes Treuhandvermögen [24]. In § 264 Absatz 6 Strafgesetzbuch ist eine Definition enthalten, auf die auch andere Normen verweisen [25]: "Subvention im Sinne dieser Vorschrift ist eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht oder nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften an Betriebe und Unternehmen, die wenigstens zum Teil 1. ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und 2. der Förderung der Wirtschaft dienen soll". Der Begriff des Strafgesetzbuches ist abgehoben auf die Strafwürdigkeit subventionserheblichen Verhaltens und kann sich deshalb nur auf den Mindestumfang des allgemeinen Subventionsbegriffes auswirken. Mittelbare Zuwendungen an betriebs- und unternehmensfremde Personen berücksichtigt er nicht. Letztlich bleibt der Begriff unklar [26]. Zumindest umfaßt er aber vermögenswerte Begünstigungen an natürliche und juristische Personen.

Überall dort, wo eine klare Aussage besonders wünschenswert wäre, werden Beispiele genannt, um auf dem entsprechenden Gebiet soweit als möglich arbeiten zu können. Bei diesem Vorgang wird die Rechtswissenschaft oftmals in die Beispiele etwas hineinlesen, was anschließend wünschenswerterweise herausgelesen werden soll. Es ist eine besondere Art der Folgenbetrachtung bzw. eines Zirkelschlußes (in der Regel) ohne nähere Begründung. Ebenso verhält es sich teilweise auch bei den in der Literatur genannten und zum Teil sich widersprechenden Beispielen zum Subventionsbegriff, was sich bereits aus den vorhergehend erörterten Definitionsversuchen erahnen läßt:

---

23 Zacher, Verwaltung durch Subventionen S. 397
24 Ausführlich Karehnke S. 627
25 Z.B. § 1 LSubvG BW
26 Ausführlich zu dem umstr. Begriff: Bleckmann S. 9 ff

Möglich wären indirekte Subventionen, wie z. B. steuerliche Vergünstigungen, Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, niedrige Frachtkosten, verbilligte Rohstoffbezüge, Theaterzuschüsse [27]. Gegenmeinung: Leistungen, die nur mittelbaren Zwecken dienen, wie z. B. Frachtvergünstigungen, würden keine Subventionen darstellen [28]. - Subventionen seien wirtschaftspolitische Lenkungsakte eines um die wirtschaftliche Ordnung bemühten und für sich verantwortlichen Staates, die nicht aus Gnade für einen fürsorgerechtlichen Tatbestand gewährt würden [29]; sie würden nur aus Gründen und zu Zwecken der Förderung der Wirtschaft gewährt [30]. Gegenmeinung: Die Maßnahmen seien nicht auf bestimmte Zwecksetzungen - insbesondere nicht auf ökonomische Ziele - begrenzt, möglich wären auch kulturelle Gründe, wie z. B. Zuschüsse an wissenschaftliche Institute, Stipendien für Studenten, Beiträge für Auslandsreisen [31]; die Subvention diene der Lenkung des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens [32].

Einigkeit besteht dagegen hinsichtlich des unbegrenzt begünstigten Personenkreises, also sowohl natürliche wie juristische Personen, öffentliche Verbände ebenso wie privatrechtliche [33]. Die Arten der Begünstigungen können vielfältig sein, insbesondere dann, wenn man von weiten Begriffsbestimmungen ausgeht, wie z. B. der Widerruf eines belastenden Verwaltungsaktes, die Nichtanwendung einer Verbotsvorschrift [34].

Bei der Zielsetzung stehen eindeutig die wirtschaftlichen Lenkungsmaßnahmen im Vordergrund [35]. Der Empfänger der Leistung soll veranlaßt werden, sein Verhalten an der staat-

---

27 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 178; in diesem Sinne auch oben bei e, anders dagegen bei d und g
28 Reuss S. 278
29 Stern, Subventionierung S. 524
30 Reuss S. 278
31 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 178
32 Friauf, Subventionswesen S. 736
33 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 178; Reuss S. 278; Bleckmann S. 14; Juristische Personen des öffentlichen Rechts seien die Ausnahme.
34 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 184
35 Henze S. 101; Stern, Subventionierung S. 524

lichen Zielsetzung auszurichten und sich damit selbst zum Werkzeug zu machen [36]. Die Subventionen haben Anreize zur Selbsthilfe zu bieten [37]. Die Begünstigung muß in angemessenem Verhältnis zum Subventionszweck stehen und insbesondere Verluste ausgleichen oder dem Entstehen von Verlusten vorbeugen [38]. Noch vor Jahren galt der Grundsatz, daß durch Subventionen keine Gewinne zufließen dürfen, was aber andererseits die Rechtmäßigkeit der Subvention nicht beeinflußte [39]. Heute werden dagegen vielfach Anreize zu erhöhten Gewinnen geboten - insbesondere bei der Schaffung neuer (z. B. Neugründungsdarlehn) oder Erhaltung alter Arbeitsplätze in strukturschwachen Gebieten (z. B. Küstenregion, Berlin, östliche Grenzgebiete) und bei der Erforschung neuer Technologien (z. B. Finanzierung oder Bezuschußung von Forschungsprogrammen). - Wünschenswert sind materielle Hilfen, die befristet sind und fallende Sätze aufweisen [40]. Die zeitliche Begrenzung ermöglicht der öffentlichen Hand, ihr Finanzgebaren in kontrollierte Bahnen zu bringen, insbesondere wenn Rechtsansprüche der (potentiellen) Leistungsempfänger bestehen und ein den Staat belastender Konjunkturumschwung oder gar eine Finanzkrise nicht ausgeschlossen werden können [41]. Damit läßt sich eine im sozialen Rechtsstaat drohende "Diktatur der leeren Kassen" weitgehend vermeiden [42].

Letztlich ist der Subventionsbegriff ein Ordnungsbegriff, der sich anhand des Sachgebietes und dessen Problemkreis hinsichtlich des Gebers, des Empfängers, der Leistung, des Zwecks der Leistung, des Rechtsgrundes der Leistung und der zu bewirkenden Handlung des Empfängers gestaltet [43].

Bei wirtschaftlichen Subventionen enthält die Begünstigung einer Wirtschaftsgruppe regelmäßig die Benachteiligung einer anderen Gruppe, deren Geschäftsgebaren erschwert wird

---

36 Friauf, Subventionswesen S. 733
37 Karehnke S. 628
38 BVerwG NJW 1959, 1098, 1099
39 BVerwG NJW 1959, 1098, 1099
40 Karehnke S. 628 und 630
41 Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302
42 Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302
43 Bleckmann S. 12 ff

[44]. Die Subventionsordnung ist damit eine Konfliktsordnung, woraus sich zum Teil der Schluß ziehen läßt, zur Lösung dieser Konfliktsordnung bedürfe es einer gesetzlichen Regelung [45]. In dieselbe Richtung tendiert die Meinung, daß Subventionen als Instrumente zur Lenkung des sozialen und wirtschaftlichen Lebens sich nicht dem Vorbehaltsprinzip entziehen könnten [46]. Bereits aus der Funktion der Subvention ergeben sich gute Gründe, den Vorbehalt des Gesetzes zu erweitern.

4. Bewegliches, aber geregeltes Handeln?

Die technisch-materialistische Leistungsgesellschaft fordert rationales und rasches Handeln, das sich an kalkulierbaren Gewinnchancen orientiert, und das zwangsläufig auch staatliche Funktionen beeinflußt [47]. Dies spricht scheinbar für eine Funktionserweiterung der beweglicheren Exekutive gegenüber der schwerfälligen Legislative, zumal die Verwaltung heute ihre Hauptaufgabe in der vorsorgenden, pflegerischen und fördernden Daseinsvorsorge hat, die durch Darbieten von Leistungen geprägt ist [48]. Betriebliche Gewinnchancen sind aber nur dann gut kalkulierbar, wenn sie sich auf feste Faktoren stützen, was generelle Normen, die staatliches Handeln binden, erfordert [49]. Ohne gesetzliche Bestimmungen in der Leistungsverwaltung wäre die bereits bei 2. erwähnte Lenkungsaufgabe - insbesondere im Bereich der Subventionen - nicht denkbar, denn andernfalls könnte jede Behörde "am Ort" nach eigenem Gutdünken tätig werden [50]. Diese fehlende Ordnung wird bereits heute vereinzelt auf kommunalem Sektor bemängelt [51]. Über die Grenzen einer notwendigen Leistungsbestimmung ist damit aber noch nichts ausgesprochen, weshalb Normierungen nicht unbedingt die Feinde einer sich rasch än-

---

44 Henze S. 101
45 Stern, Verwaltung durch Subventionen S. 420
46 Friauf, Subventionswesen S. 736; für eine gesetzliche Regelung des Subventionswesens hat sich auch der 55. Deutsche Juristentag in Hamburg 1984 ausgesprochen (vergleiche dessen Beschlüsse in DVBl 1984, 1063)
47 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 33
48 Henze S. 25
49 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 33
50 Friauf, Subventionswesen S. 735
51 Zacher, Verwaltung durch Subvention S. 400

dernden Industriegesellschaft sein müssen. Gerade Ende des vergangenen und zu Beginn dieses Jahrzehnts hat sich auf Bundesebene gezeigt, daß bei sich zu schnell ändernden gesetzlichen Wirtschaftsdaten, insbesondere bei der Konjunkturankurbelung durch Subventionierung, die wirtschaftlich dynamischen Kräfte zu abwartendem Verhalten bewegt werden, da es ihnen einerseits an festen und kalkulierbaren Konjunkturdaten fehlt, sie andererseits durch die abwartende Haltung und die damit verbundene sektorale Schwächung politische Subventionen ihrer beabsichtigten Vorhaben herbeireden können. Kurzfristige Einschätzungen und entsprechende Erfüllung dieser Lenkungsaufgabe können sich langfristig als Fehleinschätzungen erweisen. Regelmäßig müssen dann die regierenden Parteien mit Machteinbußen rechnen. Wenn schon die Parlamente die politische Verantwortung als Repräsentanten des Volkes tragen müssen, sollten sie über hoheitlichen Leistungen auch selbst entscheiden. Die Form der Entscheidung kann aber nicht ein bloßer Parlamentsbeschluß sein, weil die Exekutive dadurch nicht gebunden wird [52]. Erforderlich ist deshalb eine (für die Verwaltung verbindliche) Gesetzgebung im Bereich der Leistungsverwaltung.

Dem Hinweis, der Staat habe das Recht und die Aufgabe, bei der Erfüllung des Gemeinwohls mit den ständig wechselnden, neu entstehenden und wieder verschwindenden, allgemeinen und besonderen konkreten Zwecken jeweils für die Allgemeinheit und den einzelnen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, was funktionell auch der Verwaltung ohne reglementierende generelle Normen zustehe [53], - muß entgegnet werden, daß die fallangepaßte Entscheidungsfreudigkeit der Exekutive, die durch das Gesetz nicht gehindert werden soll, zu einer durch perfektionierte Maßnahmen mittels vielfältigen Verwaltungsrichtlinien gegängelten Verwaltung führt, die es "im Lichte der Öffentlichkeit" oftmals gar nicht geben würde [54].

---

52 Cermak S. 1760; Mallmann S. 186 f
53 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 217
54 Rupp, Grundfragen S. 127

5. Widerspricht eine Normierungspflicht nicht den realen Anforderungen auf einigen Sachgebieten, bei denen rasches Handeln nötig ist (Notfälle)?

Für Hilfeleistungen der Exekutive in Katastrophenfällen wird überwiegend eine vorhergehende gesetzliche Ermächtigung nicht gefordert [55], denn unverzügliches Handeln der Verwaltung ermögliche erst die effektivste Hilfeleistung, bzw. Notfälle und die darauf zu ergreifenden Maßnahmen seien meist nicht vorhersehbar [56]. Die Ermächtigung der Exekutive zu solchem Verhalten wird bereits immanent in der Verfassung gesehen, denn die Aufgaben der Gefahrenabwehr müßten im parlamentarisch-demokratischen und sozialen Rechtsstaat von der Exekutive selbständig vorgenommen werden, wenn der Gesetzgeber die Verwaltung nicht oder nicht rechtzeitig ermächtigen könne [57]. Teilweise wird die Meinung vertreten, Hilfe in Notlagen sei als Gnadenakt nicht an der Rechtsordnung meßbar und hätte im Gegensatz zu den Subventionen keine lenkungspolitische Aufgabe [58]. Teilweise wird in der Literatur verlangt, daß sowohl einerseits die Verwaltungsspitze gleichzeitig mit der "Vorausaktion" (Hilfeleistung) einen Gesetzesentwurf vorlegt, der die Aktion legalisiert, andererseits das Gesetz in angemessener Frist, spätestens jedoch nach einem Jahr, zustandekommt, andernfalls sei die Hilfeleistung unzulässig und deshalb abzubrechen [59].

Der Grundüberlegung, bei eilbedürftigen Maßnahmen in Notfällen könne nicht auf eine gesetzliche Ermächtigung gewartet werden, wird zu Recht der Vergleich mit dem nicht abschließend geregelten Sozial(-hilfe-)recht entgegengehalten: Der Gesetzgeber könne schon vielfach über das "Ob" der Leistung, also ob in Notfällen überhaupt zu helfen sei, und den in Frage kommenden Leistungskatalog, der allerdings selbst im Sozialrecht keine abschließende Regelung aufweise, im voraus

---

55 Eberle S. 492; Hansen S. 295; Mallmann S. 188; Menger, Verwaltung S. 198; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 215; Schenke, Vorbehalt S. 558; Starck, Gesetzesbegriff S. 287
56 Hansen S. 285
57 Menger, Verwaltung S. 198
58 Stern, Subventionierung S. 524
59 Götz S. 293

entscheiden, während die Exekutive über das "Wie" anhand der generalklauselartigen Richtlinien des Leistungskatalogs den konkreten Fall regle [60]. Eine Abgrenzung zwischen regelungsbedürftigen und nicht regelungsbedürftigen Fällen muß sich im Rahmen des Voraussehbaren halten [61], zu denen regelmäßig bereits auftretende Notstände und sonstige bestehende latente Gefahrensituationen zu rechnen sind. Verherrend wäre die Konsequenz, wenn man daraus den Schluß zieht, die Exekutive könne wegen fehlender, aber vorhersehbarer, gesetzlich erforderlicher Ermächtigung nicht helfen [62]. Die zum Teil unüberbrückbaren Schwierigkeiten, die damit verbunden sind, die Legislative zur Gesetzgebung zu zwingen, machen im Interesse des Notleidenden und aus sozialstaatlichen Gründen aus der berechtigten Forderung an den Gesetzgeber ein bloßes Wunschdenken.

Einige Autoren klammern auch andere Gebiete der Leistungsverwaltung vom Vorbehaltsbereich aus: Auf dem wirtschaftlichen Sektor seien bei Erlaß der Maßnahmen häufig die Gefahren nicht richtig abzuschätzen, weshalb die Prognosen unzutreffend sein könnten [63]. Auch vorübergehende Subventionen dürfte die Verwaltung ohne gesetzliche Grundlagen erteilen [64]. - Dem ist entgegenzuhalten, daß gerade wirtschaftliche Maßnahmen eines der Hauptanwendungsfälle politischer Lenkungsaufgaben beinhalten, bei denen bereits mit nur vorübergehenden Subventionen erhebliche Fakten gesetzt werden können. Kurzfristige und für den Staat unbedeutende Leistungen ohne Lenkungsaufgabe können auch ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung ergehen, z. B. ein Verkehrspolizist hilft einem Blinden über die Straße oder erteilt einem Autofahrer eine Auskunft [65]; erklären läßt sich das mit der nachfolgenden Wesentlichkeitstheorie. Größere Schwierigkeiten gibt es bei

---

60 Norbert Henke S. 609 f; vergleiche hierzu auch Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 68 Anm. 2 S. 240
61 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 68 Anm. 2 S. 240
62 So aber wohl Maurer S. 232, der einen "Notvorbehalt der Verwaltung" ablehnt und meint, daß die Verwaltung nur handeln dürfe, wenn das Handeln gesetzlich geregelt und begrenzt sei.
63 Schenke, Vorbehalt S. 558; Zuleeg S. 92
64 Starck, Gesetzesbegriff S. 287
65 Mallmann S. 188

der Begründung organisatorischer ("innenstaatlicher") Leistungen, wie z. B. dem Bau öffentlicher Einrichtungen [66], deren Probleme in den Kapiteln IV, V und VII enthalten sind.

Vielfach hat die Legislative - unabhängig von den Vorbehaltstheorien - im Bereich der Leistungsverwaltung ("freiwillig") Gesetze erlassen. Die der Exekutive nachgesagte größere Flexibilität, Schnelligkeit und gelegentlich größere Einzelfallgerechtigkeit [67] wird ihr insbesondere in den vorstehenden Gebieten nicht genommen, wenn die gesetzliche Ermächtigung - vergleichbar mit dem oben erwähnten Sozial(-hilfe)-recht - ihr den dazu erforderlichen Freiheitsraum beläßt, wobei die politische Führungs- und Lenkungsaufgabe des Gesetzgebers nicht in Frage gestellt werden darf. Dies kann die Aufgabe der noch zu erörternden Wesentlichkeitstheorie sein.

6. Leistungsaufgaben, die stets einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen (Schaffung ganzer Leistungssysteme)

Entgegengesetzt zu den vorerwähnten Katastrophenfällen ist man sich in der Literatur weitgehend einig, daß die Verwaltung selbständig keine neuen Leistungssysteme - einschließlich neuer Sozialleistungssysteme - schaffen kann [68]. Hierzu fehlen der Exekutive bereits regelmäßig die finanziellen Mittel. Aber selbst, wenn sie die Mittel zur Verfügung hätte, und sie ihr zustünden, darf die Verwaltung dem unmittelbaren Verfassungsvollzug der Legislative nicht vorgreifen oder ihn ersetzen, denn andernfalls würde die Exekutive auch noch zur Legislative [69]. Das Ergebnis ist bereits aus dem vorstehenden Titel erkennbar, da der Exekutive nicht die politische Führungs- und Lenkungsaufgabe zusteht.

---

66 Mallmann S. 188, der für den Schulhausbau keine gesetzliche Ermächtigung fordert.

67 Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 815 (ausführlicher in der 1. Auflage - 1977 - auf Seite 641)

68 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 220 und 240; derselbe, Praxis S. 30; Zacher, Gesetzgeber und Verwaltung S. 237

69 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 240; derselbe, Praxis S. 30; Rupp, Grundfragen S. 130; Zacher, Gesetzgeber und Verwaltung S. 237 f

7. Führt ein erweiterter Vorbehalt nicht zu einer noch größeren Überlastung der Legislative?

Die derzeitigen Folgen einer Arbeitsüberlastung der Parlamente wurden bereits oben beim Totalvorbehalt (Kapitel III 8.) erörtert. Eine weitere Belastung der Legislative ist mit der Ausdehnung des Vorbehaltsprinzips unweigerlich verbunden [70], obwohl sich die Gesetzgebung, wie vorstehend bei 5. erwähnt, weitgehend freiwillig dieser Aufgabe schon angenommen hat. So hat sich z. B. der Bundestag in seinen ersten 30 Jahren mit ca. 5.200 Gesetzesvorlagen beschäftigt [71]. Es wird dabei sogar die Meinung geäußert, das Parlament werde zum Abstimmungsautomaten degradiert [72], bzw. es bestehe die Gefahr, daß durch die Detailarbeit das Parlament sich seine demokratische Politikfähigkeit ruinieren könne [73], bzw. eine vermehrte Normenproduktion könne die Unübersichtlichkeit der Rechtslage und das bürokratische Verfahren verlängern [74].

Diesen Einwendungen ist entgegenzuhalten, daß die Legislative nicht müde wurde, selbst Leistungsgesetze zu schaffen [75]. Die Mehrbelastung der Parlamente als Kehrseite der Quasi-Universalität der Gegenstände im modernen Staat ist durch eine großzügige Verfassungsinterpretation zu verringern, bzw. die Parlamente sind an anderen Stellen zu entlasten [76]. Die Verrechtlichung der Leistungsverwaltung verbessert den Rechtsschutz des Bürgers [77]. Die jetzt schon bestehende Mehrbelastung fällt gegenüber den vorerwähnten Argumenten zugunsten eines erweiterten Vorbehalts und dem Erfordernis der politischen Führungs- und Lenkungsfunktion der Parlamente - insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung - nicht mehr ins Gewicht, zumal es mit Hilfe der später zu erörternden Wesentlichkeitstheorie möglich erscheint, die Parlamente an anderen Stellen zu entlasten.

---

70 Götz S. 294; Kisker, Vorbehalt S. 1316; Peters, Organisationsgewalt S. 250
71 Stern, Staatsrecht II § 37 IV S. 639 f
72 Schenke, Vorbehalt S. 555, der sich damit gegen den Totalvorbehalt wendet
73 Kisker, Vorbehalt S. 1316
74 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714; Kopp, Grenzen S. 674
75 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 68 S. 239
76 Götz S. 294
77 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714

8. Wird der Freiheitsraum der Exekutive nicht zu stark eingeschränkt?

Teilweise wird das so empfunden, da mit der Erweiterung des Vorbehaltsprinzips die Exekutive zum Befehlsempfänger der Legislative bzw. zum Gesetzesautomaten degradiert werde [78], bzw. die Exekutive vollständig der Legislative untergeordnet werde [79]. Die Fragestellung hat auch zu dem (wenn auch erfolglosen [80]) Versuch beigetragen, einen Verwaltungsvorbehalt kompetenzorientiert zu formulieren, der die Grenze der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis und damit die äußere Grenze des Vorbehalts des Gesetzes markieren soll [81]. Aus der Sicht der Exekutive sollen damit die Bereiche normativ (und nicht faktisch) festgelegt bzw. festgestellt werden, in die der Gesetzgeber und die Rechtsprechung nicht eingreifen dürfen, bzw. die "gesetzesfest" und "richterfest" sind [82]. Letztlich beinhaltet er ebenfalls einen Funktionsvorbehalt, nicht aber einen Sachbereichsvorbehalt [83].

Überwiegend werden zu Recht Ansichten vertreten, die eine zu starke Einschränkung der Exekutive verneinen: Die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips auf die Leistungsverwaltung bedeute keine Einschränkung der Verwaltungsbehörden auf eine bloße Vollzugstätigkeit [84]. Der Exekutive verbleiben noch weite Bereiche zum selbständigen und eigenverantwortlichen Handeln, zu denen insbesondere weite Gebiete der Daseinsvorsorge, der Planung und die Ausfüllung der ermächtigenden Ge-

---

78 Schenke, Vorbehalt S. 559, der aber auf S. 555 seinerseits selbst das Parlament als Abstimmungsautomat sieht (vergleiche vorstehend 7.), wodurch das Machtzentrum auf die Exekutive verlagert würde.

79 Werner Thieme, Vorbehalt S. 82

80 Letztlich bleibt es beim Versuch, weil ein allgemeiner Verwaltungsvorbehalt nicht festgestellt werden kann, sondern nur Einzelvorbehalte der Verwaltung - vergleiche Breuer, Verwaltungsvorbehalt S. 220; Maurer S. 165; Rengeling, Verwaltungsvorbehalt S. 221; Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 197; ohne nähere Begründung spricht sich Loschelder S. 469 für einen "Vorbehaltsbereich der Verwaltung" aus.

81 Maurer S. 138; zum Verwaltungsvorbehalt vgl. neben Maurer S. 135 ff auch Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 172 ff

82 Degenhart S. 2184 f; Maurer S. 139; Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 175

83 Maurer S. 156

84 Selmer S. 496

setze zählen [85]. Zu ihnen gehören bereits aus tatsächlichen Gründen unter anderem die kommunale Daseinsvorsorge, das Schulwesen, die Wirtschaftslenkung und die militärische Verteidigung; aus rechtlicher Sicht sind dagegen die Einräumung von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen oder die Freiräume, die durch Regelungsverzicht des Gesetzgebers entstehen, zu erwähnen [86]. Die Exekutive initiiert und gestaltet durch ihren Informationsvorsprung und ihr Fachwissen die Beschlüsse der Legislative mit [87]. Faktisch ist die Verwaltung die stärkste Staatsgewalt [88]. Die vielfältigen Verflechtungen der politischen Gemeinwesen auf nationaler und internationaler Ebene haben zu einer weiteren Stärkung der Exekutive beigetragen [89]. Nicht der Funktionsverlust der Verwaltung ist ständig beklagt worden, sondern ein solcher der Parlamente [90]. - Praktisch obliegt die Staatsleitung der (exekutiven) Regierung und dem (legislativen) Parlament "gewissermaßen zur gesamten Hand" [91]. Die Exekutive ist auch nicht bloßer Befehlsempfänger oder ein Vollzugsapparat, denn als rechtsanwendende Organe werden sie auch rechtsschöpfend tätig, indem sie die Gesetze im Blick auf den konkreten Fall prägen und weiterentwickeln bzw. die Wirklichkeit in die Rechtsauslegung einbeziehen [92]. Mit den abstrakten Gesetzen wird Distanz erzeugt, die durch den Vollzug wieder aufgehoben wird; in dieser Funktionstrennung liegt ein Stück Gewaltenteilung [93]. Die Verwaltung besitzt also potentiell die größere Sachnähe [94], und sie hat es gelernt, den Gesetzgeber in ihre Dienste zu nehmen [95]. Damit die Legislative aber ihren Anteil an der politischen Führung bewahrt, muß sie bestrebt sein, Prinzipien des Grundgesetzes in ihrem Sinne neu zu interpretieren [96]. Die Folgen der Einbeziehung

---

85 Friauf, Subventionswesen S. 737; Hansen S. 284; Schaumann, Gleichheit und Gesetzmäßigkeit S. 727; Ellwein S. 1122

86 Degenhart S. 2186; Maurer S. 140 mit weiteren Nachweisen, S. 232, einschränkend zur Selbstverwaltung auf S. 233

87 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 68 S. 239; Maurer S. 153 und 157

88 Battis S. 248

89 Ellwein S. 1119

90 Jörn Ipsen, Verwaltungsvorbehalt S. 246; ein verstärkter Machtzuwachs der Exekutive wird auch von Maurer S. 257 festgestellt, der insbesondere auf die Landesministerkonferenzen verweist

91 Maurer S. 152 f mwN

92 Maurer S. 157 mwN

93 Maurer S. 158

94 Krebs, Vorbehalt S. 311

95 Ellwein S. 1120

96 Ellwein S. 1119

der Leistungsverwaltung in den Vorbehaltsbereich werden zumeist sogar begrüßt: Das Vorbehaltsprinzip im Rahmen der Leistungsverwaltung ist ein Ausgleich für die Übermacht der Exekutive infolge eines Informationsvorsprungs und besserer Organisation [97]. Bei fehlender Rechtssetzung kann sich die Exekutive neben der rechtsanwendenden noch zur rechtssetzenden Gewalt entwickeln [98].

Durch die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips werden weder der Bürger noch die Verwaltungsbehörden inhaltlich belastet, da entweder bereits Leistungsgesetze vorhanden waren oder aber Verwaltungsvorschriften, die nunmehr unter fachgemäßer Mitgestaltung der Verwaltung vom Gesetzgeber neu zu erlassen sind [99].

9. Verbietet der Gewaltenteilungs- (bzw. der Gewaltenhemmungs-) Grundsatz die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips?

Die Literatur entnimmt das Gewaltenteilungsprinzip oder besser das Gewaltenhemmungsprinzip (da die staatlichen Gewalten sich in der Praxis nicht trennen lassen, denn das Prinzip soll nur Machtausübungen begrenzen bzw. hemmen) aus den Bestimmungen des Artikels 20 Absätze 2 und 3 Grundgesetz. Meinungen, die sich gegen die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips auf die Leistungsverwaltung wehren, sehen die in Artikel 20 Absatz 2 Grundgesetz konstituierte Selbständigkeit der Exekutive als Teil der Gewaltenteilungslehre gefährdet, indem sie dem Parlament untergeordnet würde [100]. Gegen diese Ansicht besteht die Behauptung, Artikel 20 Absatz 2 Grundgesetz begründe keine Selbständigkeit der Exekutive [101]. So schreibe Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz durch die Bindung an das Ge-

---

97 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 75 S. 243
98 Vergleiche Anmerkung 69
99 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 75 S. 243
100 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 94; Peters, Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 12 f; Starck, Gesetzesbegriff S. 281 f ; Werner Thieme, Vorbehalt S. 82; Anmerkung 78
101 Jesch, Festschrift S. 115

setz den absoluten Vorrang der verfassungs- und gesetzgebenden Gewalt vor [102]. Auch sei es nicht einsichtig, warum sich der Vorbehalt in Artikel 20 Absatz 3 GG nur auf belastende Maßnahmen und nicht auf die gesamte Verwaltung beziehen solle [103]. »Aufbau und Wortlaut sprächen gegen eine solche Beschränkung von Artikel 20 GG [104].

Soweit es um einzelne Leistungen geht, wird die Meinung vertreten, Maßnahmengesetze verstießen gegen den Kernbereich des Gewaltenteilungsprinzips, weil die Verwaltung sonst zum Befehlsempfänger der Legislative bzw. zum Gesetzesautomaten degradiert werde, weshalb nicht mehr von einer eigenständigen Staatsgewalt gesprochen werden könne [105, 106]. Aber auch dieser Ansicht wird entgegnet, daß zumindest bei einzelnen Leistungen, die in untrennbarem Zusammenhang mit der Belastung eines anderen stehen oder unmittelbare kausale wirtschafts- oder wettbewerbslenkende Kraft besitzen, ein Vorbehalt notwendig sei [107]. Diese Ermächtigungen müssen aber schon wegen Artikel 19 Absatz 1 Satz 1 GG allgemeinverbindlich abgefaßt werden [108].

Der Gewaltenteilungsgrundsatz des Artikels 20 GG wird also von Befürwortern wie Gegern eines erweiterten Vorbehalts benutzt, weshalb Teile der Literatur der Auffassung sind, daß der Grundsatz kein tragfähiges Argument sei [109] und eher den "irrationalen Beiträgen von Deutern" entspreche [110]. Letztlich bleiben die Hinweise auf die Souveränität bzw. die Vorrangstellung des Parlaments umstritten [111].

---

102 Franz Mayer S. 193
103 Mallmann S. 195; Franz Mayer S. 193
104 Franz Mayer S. 193
105 Schenke, Vorbehalt S. 559
106 Rupp, Grundfragen S. 127 meint dagegen, daß es gerade ohne den Vorbehalt des Gesetzes zwangsläufig zu derart "perfektionierten" Verwaltungsrichtlinien kommen werde, die den entscheidungsbefugten Staatsdiener noch mehr "gängeln" wird als eine gesetzliche Regelung aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes.
107 Selmer S. 496
108 Bellstedt S. 170
109 Degenhart S. 2186; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 190; Starck, Gesetzesbegriff S. 281 f; BVerwGE 6,282,287; BVerwG NJW 1958, 1153
110 Starck, Gesetzesbegriff S. 282 versteht dies im Sinne eines Gegensatzes rechtsdogmatischer Interpretation

Auch darf nicht vergessen werden, daß die grundgesetzliche Gewaltenteilung nicht auf eine gegenseitige Hemmung oder Blockierung, sondern auf eine gegenseitige Ergänzung, auf einen arbeitsteiligen Prozeß mit ineinandergreifenden Funktionen zur Erreichung bestimmter Zwecke abzielt [112]. Praktisch stehen Regierung und Parlamentsmehrheit als "parteiliche Koalitionseinheit" unter einem gemeinsamen bzw. gegenseitig abhängigen Erfolgszwang [113]. - Durch die Maßnahmengesetze wird die Exekutive auch nicht zum bloßen Befehlsempfänger bzw. Gesetzesautomaten degradiert. Neben den im vorangegangenen Titel genannten Gründen ist darauf zu verweisen, daß die Maßnahmengesetze genereller Natur sind und im Gegensatz zu den Einzelfallgesetzen (die ausnahmsweise aus sachlich besonders legitimierten Gründen trotz Artikel 19 Absatz 1 Grundgesetz zulässig sind) nicht nur umständebedingt einer Vollstreckungshandlung bedürfen, sondern ebenso einer Vollzugshandlung [114]. Die Zulässigkeit der Maßnahmengesetze ergibt sich bereits aus Artikel 19 Absatz 1 Grundgesetz [115].

Am ehesten dürfte einerseits die Frage einleuchten, warum das Gewaltenteilungsprinzip des Artikels 20 Grundgesetz be-

---

111 Maurer S. 147. Gegen eine Organsouveränität (Definition nach Schnapp: auf allen Bereichen mit Verbindlichkeitsanspruch tätig zu werden) des Parlaments ist Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 181 ff, denn solche würde jedes verfassungsrechtliche Gewaltenteilungsmodell wieder ausheben und wäre das Kennzeichen eines absoluten Staates. Meines Erachtens mangelt es der Diskussion vielfach an der Abgrenzung zwischen einer politischen Führungsrolle des Parlaments und einer verfassungsrechtlich verankerten, absoluten Organsouveränität des Parlaments.

112 Maurer S. 158

113 Ellwein S. 1122

114 Maurer S. 158 f. Die Aussage darf aber nicht zu dem Irrtum führen, daß es - abgesehen von Artikel 19 Absatz 1 Grundgesetz - ein Vollzugsmonopol der Exekutive geben würde, denn oftmals ist eine sehr präzise Gesetzgebung möglich - vergleiche Bachof, Verwaltungsvorbehalt S. 218; Maurer S. 231; Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 194 und 201 Leitsatz 18; zur Ablehnung einer (Kraftwerk-)Genehmigung durch Gesetz, weil dadurch die Rechtsschutzmöglichkeit genommen würde - vergleiche Maurer S. 231 f; Ossenbühl, Verwaltungsvorbehalt S. 222 f; Rauschning S. 219; Ronellenfitsch, Verwaltungsvorbehalt S. 219; Frowein S. 222 mit Hinweis auf die Artikel 83 und 85 Grundgesetz; anderer Ansicht Steinberg S. 220 wegen der Finanzierung; umstritten ist aber, ob sich das Parlament dennoch damit beschäftigen darf (ohne Gesetzesbeschluß)

115 Maurer S. 158

lastende Maßnahmen anders behandeln soll als Leistungen - sowie andererseits die oben bei 6. und 8. angedeutete Auffassung, daß sich die Exekutive nicht neben der rechtsanwendenden noch zur rechtssetzenden Gewalt entwickeln dürfe und somit im Widerspruch zum Prinzip der Gewaltenteilung stehe [116]. Aus all dem wird die Forderung verständlich, die Legislative selbst solle den entscheidenden Beitrag zur Interpretation des Artikels 20 Grundgesetz liefern [117].

10. Ist bei der Erweiterung das Rechtsschutzbedürfnis von Bedeutung?

Ohne gesetzliche Ermächtigung hat der Gewaltunterworfene erhebliche Probleme, hoheitliche Akten der Leistungsverwaltung durch die Justiz kontrollieren zu lassen: Für die Klagen fehlt es am subjektiven Recht bzw. am Rechtsschutz, soweit man einmal von dem Umweg über Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz absieht, der nur in Ausnahmefällen hilfreich sein kann [118]. Mit der durch die Leistung erfolgten Begünstigung könnte die Exekutive Macht ausüben, ohne große Gefahr einer gerichtlichen Kontrolle [119]. Wer dennoch klagt, vergrämt die Behörden und riskiert, zukünftig bei Vergabe von Leistungen bzw. Wohltaten der Exekutive benachteiligt zu werden [120]. Selbst wenn das Verhalten der Behörde rechtswidrig war, ist es dem Richter nicht möglich, (im Rahmen des Ermessens) den Personenkreis zu erweitern, bzw. die Behörde kann auch dann ansonsten weiterhin rechtswidrig handeln, weil die Entscheidung nur zwischen den Parteien wirkt [121]. Aussicht auf einen Klagerfolg besteht regelmäßig nur, wenn die zu gewährenden Leistungen normiert sind [122]. Die daraus entstehende Gefahr, daß sich die Exekutive wegen der Verrechtlichung in Einzelfällen mit Leistungshandlungen zurückhält, dürfte gering sein, denn einerseits ist es im Prestigeinteresse der Behör-

---

116 Rupp, Grundfragen S. 130
117 Franz Mayer S. 196
118 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 72 f S. 241 f; Krüger, Organisationsgewalt S. 138 f; Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302
119 Krüger, Organisationsgewalt S. 138
120 Krüger, Organisationsgewalt S. 138
121 Hansen S. 292
122 Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714

den einschließlich ihrer Staatsdiener gelegen, rechtmäßig zu handeln, und andererseits wollen die Parlamentarier ihre Tüchtigkeit mit erhöhten Leistungshandlungen der Verwaltung beweisen.

Den Bürger eines modernen Rechtsstaates können unter Umständen unterlassene hoheitliche Leistungen härter treffen als Eingriffshandlungen [123], weshalb es angezeigt ist, den Rechtsschutz des Artikels 19 Absatz 4 Grundgesetz nicht alleine auf Eingriffe zu beschränken [124]. Ohne gesetzliche Regelung ist ein wirksamer Rechtsschutz nicht möglich [125].

Trotz dieser guten Gründe gibt es aber erhebliche Bedenken: Gegenüber dem Unterlassen einer leistungsgewährenden oder zu Leistungen ermächtigenden Gesetzgebung gibt es keinen wirksamen Rechtsschutz [126]. Die Rechtsschutzgarantie des Artikels 19 Absatz 4 Grundgesetz sagt nichts unmittelbar aus über das Verhältnis bzw. Zuständigkeiten von Parlament und Verwaltung [127]. - Die für den Rechtsschutz des Bürgers gewichtigeren Erwägungen, die also seine Stellung erheblich verbessern würden, begünstigen eine Erweiterung des Vorbehaltsprinzips, das aber, wie schon das erste Gegenargument zeigte, keinen vollständigen Rechtsschutz bietet. Das fehlende (unmittelbare) Zuständigkeitsverhältnis in Artikel 19 Absatz 4 Grundgesetz von Legislative und Exekutive fällt dabei nicht mehr ins Gewicht.

---

123 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 73 S. 241

124 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 73 S. 241 f; Hansen S. 290 ff, der wegen den Folgen einer Inter-partes-Wirkung über Artikel 19 Absatz 4 Grundgesetz die Zulässigkeit auch eines selbständigen Normenkontrollverfahrens anerkennt.

125 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 73 S. 241, der allerdings bei RNr. 74 (Seite 242) einschränkt, daß Ansprüche im Bereich der Wirtschaftslenkung oft nicht wünschenswert seien, und es fehle an den finanziellen Mitteln, dagegen wären Ansprüche im Sozialbereich wegen der sozialen Sicherheit unerläßlich. - Diese Unterscheidung ist aus der Verfassung nicht zu erkennen und beläßt im wesentlichen beim Wirtschaftsbereich die oben genannten Probleme.

126 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 96

127 Selmer S. 494

11. Kann die Art der Veröffentlichung hoheitlicher Leistungsangebote ein zweckmäßiger Grund zur Erweiterung des Vorbehaltsprinzips sein?

Bei der Bekanntgabe hoheitlicher Leistungs-Möglichkeiten, soweit sie nicht aufgrund gesetzlicher Bestimmungen erfolgt, werden unterschiedliche Wege beschritten, was insbesondere für das Subventionswesen gilt. Potentielle Subventionsempfänger erfahren oftmals ihre möglichen Chancen über Publikationen von Verbandsorganen in deren Zeitschriften [128], bei denen zum Teil auch verbandsfremde Personen ihre Antragsformulare abzuholen und ihre Anträge einzureichen haben [129]. Die daraus resultierenden negativen Folgen können vielschichtig sein:

Ein geringes Maß an Information verhindert die Auseinandersetzung über das Leistungsangebot in der Öffentlichkeit und die daraus eventuell resultierenden weiteren Entscheidungen, die für einen Ausgleich widerstreitender Interessen in der Bevölkerung sorgen könnten [130]. Der Mangel an Publikation erschwert erheblich die Kontrolle des Staates durch die öffentliche Meinung. Ein geringer Kenntnisstand der Bevölkerung über die hoheitlichen Leistungsangebote schließt einerseits weite Teile potentieller Leistungsempfänger partiell vom vielgepriesenen modernen Verteilungsstaat aus [131] und schränkt andererseits die Lenkungsfunktionen von Subventionen erheblich ein [132]. - Solange der Bürger keine oder nur durch offiziöse oder private mehr oder minder vollständige Publikationen Kenntnis von seinen Chancen erlangt, ist die Bindung der Verwaltung an die gegenwärtigen und damit auch beständigen Leistungsvoraussetzungen gering [133]. Ohne feststehende und festgeschriebene Veröffentlichungen ist es dem Bürger nicht oder nur unzureichend möglich, sich zweifelsfrei über das geltende Recht einschließlich eventueller

128 Hans Peter Ipsen, Subvention S. 295
129 Zacher, Verwaltung durch Subvention S. 356 insbesondere Anmerkung 231 ff
130 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30; BVerfGE 40,237, 249
131 Zacher, Verwaltung durch Subvention S. 355
132 Schenke, Vorbehalt S. 566
133 Hans Klein, Revision des GG S. 526; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713

Fragen zu informieren [134]. Bei einem Gestrüpp von amtlichen, halbamtlichen und privaten Publikationsorganen ist eine zuverlässige und überprüfbare Auskunft nicht gewährleistet [135]. Wer gar selten gewährte Vorteile der öffentlichen Hand im Bereich der Wirtschaft erhält, ist bestrebt, daß diese "Einzelmaßnahmen" nicht publik werden, um sich damit gegenüber der Konkurrenz bessere Ausgangspositionen zu verschaffen [136]. Dies beeinflußt eine chacengleiche, freie und soziale Marktwirtschaft. Ähnlich verhält es sich bei der Bekanntgabe von Subventionen dort, wo nur begrenzte Haushaltsmittel zur Verfügung stehen, die entweder unter den Bewerbern gleichmäßig aufgeteilt oder entsprechend den Antragseingängen verteilt werden. - Auch eingeschlagene Wege über Verbandsorgane bleiben fragwürdig, da einerseits deren Leistungen primär ihren Mitgliedern zugute kommen sollen, nicht jedoch konkurrierenden Nichtmitgliedern, und andererseits öffentliche Funktionen auf Vereinigungen abgewälzt werden. Für Nichtmitglieder wird das Abwehrrecht des Artikels 9 Grundgesetz damit zwangsläufig zur Pflichtmitgliedschaft, um am Verteilungsstaat teilnehmen zu können.

Sowohl im Zusammenhang mit den Parteispenden als auch mit den oftmals kaum überschaubaren Richtlinien der EG ist der Subventionsmarkt wegen seiner Undurchsichtigkeit ins Zwielicht geraten, der deshalb eine gutgeeignete Grundlage für (halb-)kriminelle Betrugshandlungen darstellt. Es verwundert daher nicht, wenn die sich der Öffentlichkeit entziehenden und wenig oder überhaupt nicht überwachten Verwaltungssubventionen als der "graue Markt" [137] oder die "graue Zone" [138] unseres Rechtsstaates oder als "diskretionär verwaltete Fonds" [139] bezeichnet werden. Im kommunalen Bereich gilt dagegen bereits bei den Ratssitzungen das Öffentlichkeitsprinzip als wesentliche Verfahrensbestimmung des Kommunalrechts, um dem Ziel einer gesetzmäßigen und sachgerechten Arbeit

---

134 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 33
135 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 33; Zacher, Verwaltung durch Subvention S. 356 f
136 Zacher, Verwaltung durch Subvention S. 358
137 Zacher, Verwaltung durch Subvention S. 396
138 Stern, Subventionierung S. 525
139 Henze S. 24 - diskretionär ist hier im Sinne von vertraulich bzw. verschwiegen zu verstehen.

näherzukommen und Mißdeutungen zu vermeiden [140]. Ebenso will der Grundsatz im Gerichtsverfahren das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Unabhängigkeit der Gerichte sicherstellen [141]. Wie schon angedeutet, soll also eine Kontrolle durch Unterrichtung stattfinden [142].

Schließlich muß man sich doch fragen: Was nutzt ein Recht, von dem man nicht in Kenntnis gesetzt wird? Aus all den (rechtsstaatlichen) Gründen muß letztlich die Forderung nach einer amtlichen Veröffentlichung - insbesondere der Subventionsrichtlinien - erfolgen [144]. Ob das Rechtssicherheitsbedürfnis zwingend ein materielles Gesetzesverfahren erfordert oder nicht, ist allerdings zweifelhaft [145]. Denkbar sind wohl auch andere Wege als ein Gesetzgebungsverfahren, soweit es auch im Bewußtsein der Bevölkerung installiert wird; zweckmäßiger und die Rechtssicherheit erhöhend sind die bereits gangbaren und geläufigen Wege eines materiellen Gesetzgebungsverfahrens (die die Zahl der Rechtsquellenzeitschriften nicht vergrößern). Die amtliche Bekanntmachung begünstigt es, die Voraussetzungen der Leistungsgewährung genügend bestimmt zu erfassen [146].

12. Fordert die Konkretisierung der Leistung einen erweiterten Vorbehalt?

Die nähere Bestimmung der Leistung wird gefordert für den Tatbestand, den Empfänger und den Umfang der Leistung, bei dem der Zweck der Maßnahme (besonders wichtig bei Subventionen) erkannt werden müsse, sowie für die Durchführung und Beendigung der Leistung [147]. Beim Grad der Bestimmtheit müsse die Handschrift des Parlaments erkennbar sein [148], oder es

---

140 VGH Baden-Württemberg ES VGH 17,118,120f
141 VGH Baden-Württemberg ES VGH 17,118,121
142 VGH Baden-Württemberg ES VGH 17,118,121
143 Hansen S. 288
144 Kriele S. 822; Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 29
145 So fordert z. B. Schenke (1976) in Vorbehalt S. 566 ein Gesetzesverfahren, während er es (1977) in Verwaltungsvorschriften S. 33 nicht für notwendig erachtet.
146 Obermayer, Der Plan S. 160
147 Götz S. 295; Norbert Henke S. 610; Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302
148 Götz S. 296

sei davon auszugehen, daß es vom Kreis der Begünstigten (je spezieller um so größer die Bestimmtheit) und der Art und Höhe der Leistung abhinge [149] (bzw. entscheidend sei), inwieweit grundrechtlich zu schützende Positionen ins Blickfeld kommen [150]. Erst die Konkretisierung statte den potentiellen Leistungsempfänger mit klaren Ansprüchen aus [151]. Demgegenüber wird behauptet, die Bestimmtheit hänge von der Initiative und dem Ermessen des Gesetzgebers ab [152]. Auch bestehe bei einer solchen Detailarbeit die Gefahr, das Parlament zu überfordern und damit politikunfähig zu machen [153].

Bei Kapitel III 9. wurde bereits erwähnt, daß der Bestimmtheitsgrundsatz vom Vorbehaltsprinzip abhängt, und der Grad der Bestimmtheit von der jeweiligen Vorbehaltstheorie beeinflußt wird. So ist es auch hier: Der Bestimmtheitsgrundsatz ist deshalb die Folge der Fragen und Entscheidungen, ob die Leistungsgewährungen unter das Vorbehaltsprinzip fallen oder nicht (und wenn das Vorbehaltsprinzip anzuwenden ist, ob als Ermächtigungsgrundlage das Haushaltsgesetz dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt oder nicht - vergleiche nachfolgend 26. und 27). Zur Entscheidung über einen erweiterten Vorbehalt kann demnach der Bestimmtheitsgrundsatz nicht beitragen.

13. Liefern Artikel 1 Absatz 3 Grundgesetz oder der Wortlaut in der Verfassung einen Beitrag zum Meinungsstreit?

Artikel 1 Absatz 3 Grundgesetz will die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechtsnormen, weshalb zu deren Aktualisierung bei hoheitlichen Maßnahmen verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zu beachten sind, wie z. B. das Teilhaberecht des Artikels 12 Grundgesetz bei der Schaffung von Studienplätzen [154]. Da die grundrechtlichen Teilhaberechte oftmals hoheitliche Leistungen voraussetzen, ist es

---

149 Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302
150 Norbert Henke S. 611
151 Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302
152 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 249, der das Haushaltsgesetz für das Vorbehaltsprinzip als ausreichend erachtet (S. 248)
153 Kisker, Vorbehalt S. 1316
154 Krebs, Vorbehalt und GG S. 123 und 126

nicht verwunderlich, wenn gerade in diesem Bereich die grundrechtliche Kompetenzverteilung angewendet werden soll, weshalb Maßnahmen der Exekutive auf diesem Gebiet aus eigenem Anlaß unterbleiben sollten [155]. Eine Trennung zu nicht grundrechtsbezogenen, hoheitlichen Leistungen dürfte sich häufig schwierig gestalten, weshalb die Erweiterung des Vorbehalts ratsam erscheint.

Der Wortlaut der Verfassungen war zu Beginn ihres Inkrafttretens überwiegend bestimmt durch die klassische Eingriffsvorbehaltslehre [156]. Bei späteren Verfassungsergänzungen auf Länderebene hat sich dies aber geändert. Auch stellte sich das Problem, ob hoheitliche Leistungen zum Vorbehaltsbereich gehören, 1949 nicht in dem Maße wie etwa 1975, weshalb sich aus dem Wortlaut der Verfassungsnormen keine Vorbehaltstheorie und somit auch keine Aussage zu einem eventuellen Vorbehalt der Leistungsverwaltung gewinnen läßt [157].

14. Wird nicht bereits durch den Vorrang des Gesetzes eine Erweiterung des Vorbehaltsprinzips überflüssig?

Über den Vorrang des Gesetzes besteht für die Legislative die Möglichkeit, entweder selbst Leistungsgesetze zu schaffen, die die Exekutive zum Handeln zwingen oder bei bestehenden Leistungen der Verwaltung ohne eine gesetzliche Grundlage eine solche zu erlassen, falls sie es für erforderlich hält [158]. Damit ist scheinbar dem Bedürfnis einer Erweiterung des Vorbehaltsprinzips bzw. der Kompetenzen der Legislative genügend Rechnung getragen. Es ist aber ein Unterschied, ob die Legislative selbst die Initiative ergreift und damit lenkend tätig wird, oder ob sie korrigierend in die Arbeit der Verwaltung eingreift, denn Korrekturen der Legislative sind - in den politisch strukturierten Parlamenten trotz bestem Willen der Parlamentarier durch den Zwang gegenwärtiger gewohnter und von den Leistungsempfängern als Besitzstand ange-

---

155 Krebs, Vorbehalt und GG S. 126 f
156 Norbert Henke S. 609
157 Norbert Henke S. 609
158 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 90 f insbesondere Anmerkung 5

sehener Begünstigung - politisch oftmals nicht durchsetzbar [159]. Die politische Abhängigkeit von Wähler- und Interessengruppen wird gerade bei beabsichtigten Subventionskürzungen deutlich, und deshalb werden die "Kürzungs"-Vorhaben letztlich regelmäßig begrenzt oder gar vereitelt. In solchen Fällen (der zuerst handelnden Exekutive) besteht zwar kein rechtlicher, aber ein (politisch-)faktischer Vorrang der Exekutive gegenüber der Legislative. Mangels politischer (nicht rechtlicher) Durchsetzung kann daher das Vorrangprinzip keinen Einfluß (auch nicht als Korrektiv) auf die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips haben.

15. Welchen Einfluß kann eine interessengerechte Entscheidung auf die Erweiterung ausüben?

Unabhängig von der Entscheidung, wem das Initiativrecht bei der Leistungsverwaltung zukommt, haben sowohl Gesetzgebung als auch Verwaltung die (Zweck-)Interessen der Leistungsgewährungen, die Beherrschbarkeit der Leistungen sowie die Interessen potentieller Begünstigter und Nichtbegünstigender zu berücksichtigen und die Maßnahmen danach auszurichten [160]. Durch die politische Zusammensetzung der Gesetzgebungsorgane sind diese - im Gegensatz zur Verwaltung - aus wahltaktischen Gründen gezwungen, möglichst viele Interessen der verschiedensten Bevölkerungsgruppen bei ihrer Entscheidungssuche mit einzubeziehen [161]. Die öffentliche Auseinandersetzung im Parlament bei der Entscheidungssuche, die, wie schon bei 11. erwähnt, der Kontrolle dient und bei der häufig um Wählerstimmen gebuhlt wird, trägt also zu einem größeren Ausgleich widerstrebender Interessen bei [162]. Die Entscheidungen über die vielseitigen Interessen hätten großen Einfluß auf den sozialen Status der Bürger, weshalb sie in einer parlamentarischen Demokratie legitimerweise nur der Volksvertretung zustehen könnten [163]. Gegen diese Ansicht läßt sich aber einwenden, daß gerade aus wahltaktischen Gründen auch kurzsichtige und unzweckmäßige Rege-

159 Norbert Henke S. 609
160 Zuleeg S. 87 f
161 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 72 S. 241
162 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30; BVerfGE 40,237, 249
163 Mallmann S. 192; Schaumann, Gleichheit und Gesetzmäßigkeit S. 727

lungen von den Parlamenten getroffen werden, denen die mit größerem Fachverstand ausgestatteten Verwaltungen nicht unterlegen wären. Die interessengerechten Entscheidungsmöglichkeiten besitzen daher alleine keinen Einfluß auf die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips.

16. Erfüllt der Gleichheitssatz nicht dieselben Dienste wie die Vorbehaltserweiterung?

Beim Verwaltungshandeln ohne Rechtsgrundlagen wird der Gleichheitssatz des Artikels 3 Grundgesetz und der daraus entwickelte Grundsatz von der "Selbstbindung der Verwaltung" herangezogen, um eine Bindung der Verwaltung bzw. eine Allgemeinverbindlichkeit zu erreichen, die für jeden Rechtsschutz des Bürgers unerläßlich ist [164].

In dem klassischen vorbehaltsfreien Leistungsbereich ist der Gleichheitssatz die einzige Sicherung gegen ungerechte und mangelhafte Verteilung hoheitlicher Vergünstigungen [165]. Die Gefahr der Ungleichbehandlung ist trotz des Gleichheitssatzes dort besonders groß, wo auf einem Fachsektor verschiedene Behörden tätig sind [166]. In diesen Fällen ist deshalb für die auftretenden Einzelsachverhalte eine übergreifende Koordination notwendig, die allgemeine Maßstäbe setzt, um willkürliches Verhalten zu vermeiden [167]. Letztlich verhindert der Gleichheitssatz aber nicht die Ungleichbehandlung schlechthin, sondern verbietet nur die willkürliche Ungleichbehandlung [168]. Ohne den Grundsatz von Artikel 3 Grundgesetz wären die Hilfesuchenden bei Gericht in dem erwähnten vorbehaltsfreien Bereich völlig rechtlos gestellt [169].

---

164 Czermak S. 1760; Hans Klein, Revision des GG S. 526
165 Henze S. 100
166 Hansen S. 287
167 Hansen S. 287
168 Hansen S. 287; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 72 S. 241; Krebs, Vorbehalt und GG S. 123; Menger, Rechtssatz S. 592
169 Friauf, Subventionswesen S. 735; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 203

Der Gleichheitssatz weist gegenüber einem erweiterten Vorbehalt erhebliche Unterschiede auf: Zwar schützt der Gleichheitssatz ebensowenig rechtswidriges Verhalten wie ein Vorbehaltsgrundsatz, aber er setzt bereits rechtmäßiges Verhalten der betreffenden Behörde voraus, um überhaupt angewendet werden zu können [170]. Materielle Maßstäbe, ob, wann, wo und wie zu handeln ist, können ihm nicht entnommen werden, dagegen läßt er nach seiner inneren Struktur Abwägungen zu [171].

Personengruppen, denen die Leistungen nicht oder nicht voll gewährt werden, berücksichtigt der Gleichheitssatz unzureichend [172]. Verboten ist dabei lediglich eine willkürliche Gleich- oder Ungleichbehandlung einzelner Sachverhalte, was sich nur selten feststellen läßt [173]. Selbst fachliche Weisungen und Verwaltungsrichtlinien haben keinen Vorrang gegenüber unzureichend begründeten, abweichenden Einzelfallentscheidungen, weshalb eine Berufung hierauf in Zusammenhang mit Artikel 3 Grundgesetz erfolglos bleiben wird [174]. Der Verwaltung würde mit dem Gleichheitssatz als allumfassende Rechtsgrundlage auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung ein höchst gefährliches Ermessen eingeräumt, nach dem der Bürger mittelbare ungleiche Belastungen infolge ungleicher Begünstigungen regelmäßig - von existenzbedrohenden Leistungen abgesehen - zu ertragen hätte [175]. - Soweit eine gesetzliche Regelung nicht vorhanden ist, sind die zur Verfügung stehenden Mittel der Exekutive häufig auf einen bestimmten Gesamthöchstbetrag begrenzt. Eine gerechte gleichmäßige Behandlung ist dann schwierig zu gewährleisten, anders dagegen bei (Verteilungs-)Techniken, die sich nur im Rahmen einer Norm durchführen lassen [176].

---

170 Czermak S. 1760; Rupp, Grundfragen S. 118; Spanner, Verwaltungsrecht S. 12
171 Rupp, Grundfragen S. 118
172 Hansen S. 290; Scholz S. 232 f; Hans Peter Ipsen, Subvention S. 303, weil es im Subventionsrecht ein Grundrecht auf hoheitliche Respektierung der wettbewerblichen Ausgangslage gebe.
173 Menger, Rechtssatz S. 592; Spanner, Verwaltungsrecht S. 12
174 Walter Schmidt, Gleichheitsbindung S. 186
175 Spanner, Verwaltungsrecht S. 12 f
176 Imboden, Subvention S. 425

Ein weiteres Problem besteht mit der bei 11. angesprochenen Veröffentlichung. So könnte die Verwaltung mit Hilfe des Artikels 3 Grundgesetz materielle Normen ohne Publizität erlassen (oder aufheben) [177]. Aber was nützt ein solches Recht bzw. die Verwirklichung des Gleichheitsgedankens, wenn der, den es angeht, keine Kenntnis vom Recht erlangt und somit selbst im Bedarfsfall nicht erkennen kann, ob er gleich oder gleichheitswidrig behandelt wird [178]. An ein unveröffentliches Recht, das jederzeit nach Belieben und ohne Bekanntgabe geändert werden kann, wird sich die Exekutive schwerlich gebunden fühlen [179]. Die fehlende Publizität läßt gegenüber den Behörden erhebliche Zweifel an gesetzmäßiger und sachgerechter Arbeit aufkommen; Mißdeutungen werden daher nicht ausbleiben [180]. Von einer Kontrolle durch die Öffentlichkeit kann keine Rede mehr sein. Es verwundert daher nicht, wenn die Fondsverwaltung des deutschen Subventionswesens als charakteristisch "diskretionär" bezeichnet wird [181].

Die Klagaussichten der teilweise oder vollständig übergangenen potentiellen Leistungsempfänger scheitern fast regelmäßig an dem unnormierten und deshalb unbegrenzten Ermessensbereich der Exekutive [182]. Der Gleichheitssatz ist dabei nur ein "äußerster Notbehelf" oder eine "Krücke" oder ein "Vehikel", der nicht den Maßstab detaillierter, gesetzlicher Regelungen und die daraus entstehende Meßbarkeit hoheitlichen Handelns ersetzen kann [183]. Neben der Schwierigkeit, daß sich die Leistungsvoraussetzungen und -gewährungen an Begünstigte nur schwer nachweisen lassen, haben nicht oder nicht ausreichend Begünstigte das Problem, behaupten zu müssen, durch die Begünstigung eines anderen in ihren Rech-

---

177 Hans Klein, Revision des GG S. 526
178 Hansen S. 288; Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 29
179 Hans Klein, Revision des GG S. 526; Gröpl S. 195; Schenke, Vorbehalt S. 566
180 VGH Baden-Württemberg ES VGH 17,118,121
181 Henze S. 24 - diskretionär im Sinne von vertraulich, verschwiegen
182 Friauf, Subventionswesen S. 735; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 203; Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302, der anscheinend sämtliche Klagen für aussichtslos erachtet.
183 Friauf, Subventionswesen S. 735; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 73 S. 242; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 203; Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 29

ten verletzt zu sein, was sich ebenfalls schwerlich nachweisen läßt [184]. Letztlich kann derjenige, dem Unrecht geschehen ist, grundsätzlich nur dann mit Aussicht auf Erfolg klagen, wenn die Leistungen eindeutig normiert und als (klare) Ansprüche ausgestattet sind [185].

In bescheidenem, argumentativ begrenztem Rahmen hat die Konstruktion auch Zustimmung erfahren. Dies bezieht sich auf die bei 4. erörterten Gesichtspunkte des schnelleren Handelns und Reagierens gegenüber dem schwerfälligen Normenverfahren, zumal auch die geringere Bindungswirkung trotz Artikel 3 Grundgesetz ein flexibleres (veränderbares) hoheitliches Handeln gestatten würde [186]. Die Nachteile, die sich aus dieser Situation ergeben, sind aber, wie erwähnt, erheblich. Die Forderung aus Gründen der Rechtsgleichheit - einschließlich der Rechtssicherheit, der Meßbarkeit, der Berechenbarkeit und der Notwendigkeit, den potentiellen Leistungsempfängern Rechtsansprüche zu geben, - erscheint nur allzu berechtigt [187]. Der Gleichheitssatz - mit der Selbstbindung der Verwaltung und eventuellen fachlichen Weisungen bzw. Verwaltungsrichtlinien - ist keineswegs in der Lage, eine eventuell notwendig werdende Erweiterung des Vorbehaltsprinzips auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung zu ersetzen.

17. Rechtfertigt die Unterscheidung von Eingriff und Leistung eine unterschiedliche Handhabung des Vorbehaltsprinzips?

Hoheitliche Leistungen und Eingriffe liegen oftmals beieinander. So kann mit der Leistung an den einen beim anderen ein unmittelbarer Eingriff entstehen, wie z. B. bei Zwangseinweisungen von Wohnungssuchenden, im baurechtlichen Nach-

---

184 Spanner, Verwaltungsrecht S. 12

185 Friauf, Subventionswesen S. 737; Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302

186 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30

187 Friauf, Subventionswesen S. 737; Giacometti S. 251; Hansen S. 290, 294, 348; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713; anders Selmer S. 494, der die Rechtsgleichheit als untaugliches Argument für die Frage nach der Erweiterung des Vorbehaltsprinzips ansieht, weil er das (Zuständigkeits-)Verhältnis von Legislative zur Exekutive überbewertet, zu dem die Rechtsgleichheit nichts aussagen könne; vergleiche auch 10.

barschaftsverhältnis oder beim Anschluß- und Benutzungszwang kommunaler Einrichtungen und den daraus resultierenden Leistungsansprüchen [188]. Es sind häufig Maßnahmen mit Doppelcharakter [189], bei denen bereits die klassische Eingriffstheorie eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fordert. Aber auch in anderen Fällen, bei denen ein untrennbarer Zusammenhang (vergleiche § 139 Bürgerliches Gesetzbuch) zwischen der Auferlegung von Belastung und der Gewährung von Begünstigung besteht, haben große Teile in der Literatur die Notwendigkeit eines Vorbehalts zu Recht bereits nach der Eingriffstheorie bejaht, wie z. B. in den Ausgleichsverfahren [190].

Die klassische Eingriffstheorie will die Freiheit der Staatsbürger schützen. Im heutigen Sozialstaat aber ist die Freiheit des einzelnen genauso abhängig von existenznotwendigen Staatsleistungen wie der Bürger der konstitutionellen Monarchie von Eingriffen in Freiheit und Eigentum [191]. Unter Umständen können sich fehlende Leistungen lebenswichtiger und gefährlicher erweisen als Eingriffe [192]. Die Existenzschwelle steigt in einem modernen Staat einerseits durch die komplizierter werdenden Apparaturen, durch die verstärkte Arbeitsteilung, durch die ständig steigenden Bedürfnisse, durch erhöhte Daseinspflichten und andererseits durch die sich daraus ergebenden Abhängigkeiten und Aufgaben gegenüber einfacheren Lebensformen [193]. Welcher Mensch kann heute schon alleine für Wasser, Licht und Wärme sorgen [194]? Letztlich wird das Existenzminimum gesichert durch den Anspruch aus dem Schutz der Menschenwürde (Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz) und dem Sozialstaatsprinzip (Artikel 20 Absatz 1 Grundgesetz) [195]. Umfang und Art hoheitlicher Leistungen zur Existenzsicherung haben erhebliche Bedeutung für die

---

188 Frotscher S. 15
189 Friauf, Subventionswesen S. 736; Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag S. 74; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 175; Köttgen, Fondsverwaltung S. 66; Zuleeg S. 82; BVerwG NJW 1958, 1153 f; BVerwG NJW 1959, 1098; BVerwG DÖV 1959, 706, 708
190 Vergleiche Anmerkung 189
191 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 95 f; Mallmann S. 191
192 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 70 und 73 S. 240 ff
193 Menger, Rechtssatz S. 588
194 Menger, Rechtssatz S. 588
195 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 74 S. 242

Sozialgestaltung der staatlichen Gemeinschaft. Ohne genaue Umschreibung der notwendigen Leistungen werden die Begünstigten jeweils durch die Gnadenerweisungen zu Almosenempfängern, was neue Abhängigkeiten schafft [196]. Die Leistungsempfänger dürfen nicht zum bloßen Objekt der Exekutive herabsinken [197]. Aus diesen Gründen ist es geboten, daß es sozial gestaltende Normen geben muß, die existenzielle Leistungen festlegen [198], damit das Handeln der Verwaltung für den Bürger voraussehbar ist und seine Grundbedürfnisse sowie seine Existenz gesichert sind [199]. Nur so ist der Machtzuwachs der Exekutive durch die Abhängigkeit des Leistungsempfängers erträglich [200].

Leistungen in Form von Begünstigungen verlieren sicherlich ihren Charakter, wenn sie versagt werden. Daraus den Schluß zu ziehen, durch die mögliche Versagung einer Subvention enthalte diese einerseits eine potentielle Belastung, die stets latent vorhanden sei und jederzeit aktuell werden könne, andererseits könne die Versagung ein Eingriff in die Grundrechte - wie etwa in das Persönlichkeitsrecht oder in die Rechtsgleichheit - beinhalten [201], erscheint zweifelhaft, wenn man darin die Belastung im Sinne der Eingriffstheorie sehen will. Der Eingriff kann dort bejaht werden, wo die Aussicht auf die Subventionsleistung bereits gesetzlich festgeschrieben ist [202], oder der Empfänger auf die Leistung berechtigterweise vertrauen durfte, wie z. B. auf Zusagen oder Weitergewährungen. Gleiches hat zu gelten, wenn der Empfänger zur Leistungsannahme gezwungen wird [203], z. B. das Eigentum an Weinbergwegen wird wegen Unterhalts- und Haftungspflichten auf die angrenzenden Eigentümer übertragen. So schmerzlich die Vorenthaltung staatlicher Leistungen auch empfunden wird, so handelt es sich doch um keinen Eingriff

---

196 Bachof, Rechtsstaat S. 58; Mallmann S. 191
197 Mallmann S. 191
198 Mallmann S. 191; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 225 f
199 Mallmann S. 191
200 Bachof, Rechtsstaat S. 58
201 Schaumann, Gleichheit und Gesetzmäßigkeit S. 725; Stern, Subventionierung S. 524
202 Friauf, Subventionswesen S. 736
203 Vogel S. 151

im Sinne der herkömmlichen Eingriffslehre [204]; es geht um ein Verteilungsproblem, das als Argument für die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips anführbar ist [205].

In einem modernen Verteilungsstaat werden die finanziellen Mittel meist durch steuerliche Belastungen aufgebracht. Einige Autoren sehen die Rechtsordnung daher nicht nur unter dem Gesichtspunkt von Eingriffen, sondern auch von den staatlichen Leistungen her, nach denen sowohl Lasten als auch Vergünstigungen Verteilungs- bzw. Abwägungsprobleme bzw. staatliche Ausgleichsmechanismen sind [206]. Aus diesem Grunde steckt in jeder Gewährung mittelbar eine Belastung des Steuerzahlers [207], denn was der Staat hergebe, habe er anderen zuvor weggenommen [208]. Nicht einbezogen in die Erörterung sind die oben erwähnten Zusammenhänge von Lasten und Vergünstigungen analog § 139 Bürgerliches Gesetzbuch. - Bei dem Abgabenargument fragt man sich, ob es nicht bloß eine Verdoppelung des klassischen Eingriffsvorbehalts darstellt [209]. Diese Art der Koppelung entspricht nicht dem historischen Eingriffsvorbehalt [210]. Außerdem folgt die Art und Weise der Verteilung anderen Grundsätzen als die Belastung durch Steuern [211]. Die Bedeutung der Finanzierung staatlicher Leistungen durch Steuermittel wird zwar nicht in Abrede gestellt, rechtfertigt aber nicht, den Vorbehalt auf die staatlichen Leistungen auszudehnen. Dagegen gehört der obige Hinweis, daß die Rechtsordnung in weiten Teilen staatliche Leistungen enthält, zu dem im nachfolgenden Kapitel zu behandelnden Wesentlichkeitsprinzip.

Die Subventionen und sonstigen staatlichen Leistungen stehen oftmals im Zusammenhang mit Nebenbestimmungen, insbesondere

---

204 Friauf, Subventionswesen S. 736; Zacher, Verwaltung durch Subvention S. 354 f
205 Zacher, Verwaltung durch Subvention S. 354 f; Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 810
206 Imboden, Das Gesetz S. 42; derselbe, Der verwaltungsrechtliche Vertrag S. 74; Starck, Gesetzesbegriff S. 283 ff; Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 810
207 Schaumann, Gleichheit und Gesetzmäßigkeit S. 725
208 Zeidler, Bemerkungen S. 335
209 Friauf, Subventionswesen S. 736
210 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 201; ebenfalls gegen das Abgaben- bzw. Belastungsargument ist Götz S. 292
211 Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt S. 84

Auflagen und Bedingungen. Mindestens ebenso starken Einfluß auf den potentiellen Leistungsempfänger haben die Vergaberichtlinien für die Leistungsgewährungen [212]. Diese Verhaltensweisen sind in der Lage, in die Freiheitssphäre des Bürgers einzugreifen bzw. diese zu bestimmen, wenn er an der staatlichen Leistung teilhaben will [213]. Nicht selten sind die Antragsteller derart auf die hoheitliche Leistung angewiesen, daß gar zum Teil von einer Abhängigkeitsbeziehung - vergleichbar mit dem früheren besonderen Gewaltverhältnis - gesprochen wird [214], bei dem z. B. die Exekutive in der Lage ist, ganze Unternehmen zu steuern [215]. Die Freiwilligkeit, hoheitliche Leistungen - verbunden mit Nachteilen - in Anspruch zu nehmen, muß deshalb nicht nur wegen der vielfachen Monopolstellung des Staates in Frage gestellt werden. Deshalb sollten die Subventionen und andere hoheitliche Leistungen, - sofern sie an Voraussetzungen und Nebenbestimmungen geknüpft sind, die die Grundrechte des einzelnen tangieren, was regelmäßig der Fall sein wird, - zumindestens dem erweiterten Eingriffsvorbehalt unterstellt werden [216], [217]. Ein zu weitgehendes Ermessen der Verwaltung [218] und daraus resultierende Chancen-Ungleichheiten [219] könnten auf diese Weise vermieden werden.

Die Wirtschaftssubventionen bewirken durch Bevorzugung des Subventionierten und die damit verbundene Benachteiligung

---

212 Schenke, Vorbehalt S. 560
213 Schaumann, Gesetzgeber und Verwaltung S. 215; Schenke, Vorbehalt S. 560 f
214 Bachof, Rechtsstaat S. 58
215 Henze S. 113; Schenke, Vorbehalt S. 560 f
216 Über die Intensität der Grundrechtstangenz soll hier noch nichts ausgesagt werden, da dieses die Aufgabe der nachfolgenden Kapiteln ist.
217 Im Bereich der Nebenbestimmungen hat diese Ansicht eine breite Zustimmung erfahren: Ehmke S. 97; Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 102; Henze S. 113; Hans Peter Ipsen, Subvention S. 267; Schaumann, Gleichheit und Gesetzmäßigkeit S. 725; derselbe, Gesetzgeber und Verwaltung S. 215; Schenke, Vorbehalt S. 560 f; Starck, Gesetzesbegriff S. 283 und 285; Stern, Subventionierung S. 524; nur für die Auflagen bei Subventionen ist Friauf, Subventionswesen S. 736; nur nicht für volle oder übermäßige Gegenleistung bzw. bei unerträglichen Leistungsbedingugen ist Scholz S. 232
218 Ehmke S. 97
219 Hans Peter Ipsen, Subvention S. 267

Nichtsubventionierter Eingriffe in die Wettbewerbs- und Ertragslage der Unternehmen [220]. Die Wettbewerbsfreiheit seinerseits hat den Zweck, es den Unternehmen zu ermöglichen, im Konkurrenzkampf sich behaupten und durchsetzen zu können [221]. Die Fördermaßnahmen des Staates können je nach Umfang und Branche derart Einfluß auf das Marktgeschehen haben, daß die Wettbewerbsfreiheit nur leicht beeinflußt oder gänzlich beseitigt wird [222]. Es ist damit möglich, untragbar gewordene Unternehmen künstlich am Leben zu halten [223]. Ein Sonderfall sind die Subventionen, die eine Gruppe zwar begünstigen, ihnen aber keine Sondervorteile verschaffen, weil nur eine vorher bestehende Benachteiligung neutralisiert werden soll [224]. Die wirtschaftlichen Subventionen haben ansonsten mit den Ge- und Verboten vergleichbare Aufgaben, Wirtschaftsabläufe zu steuern [225]. Sie verfälschen die freie Marktwirtschaft, indem sie einseitig die Start- und Entfaltungsbedingungen der wirtschaftlichen Kräfte verändern und damit unechte Konkurrenzfaktoren erzeugen [226]. Durch die mittelbare Steuerung wirtschaftlicher Unternehmen, die häufig stärker sein kann als jeder Zwang [227], wie etwa die erdrosselnde Wirkung auf nichtsubventionierte Betriebe [228], können verschiedene Grundrechte, insbesondere Artikel 2, 3, 5, 12 und 14 Grundgesetz, in verschiedener Intensität tangiert werden [229]. Die Konsequenz daraus ist, Wirtschaftssubventionen in den Vorbehaltsbereich einzubeziehen [230], das ihnen den Makel eines "Überbleibsels der konstitutionellen Monarchie" oder "Hausguts der Exekutive" oder "Phänomens eines verkappten Eingriffs" [231] oder einer "natürlichen Ermächtigung der Verwaltung" [232] nimmt. Bei einer gesetzlichen Rege-

---

220 Götz S. 291; Gröpl S. 196; Henze S. 101; Imboden, Das Gesetz S. 42; Köttgen, Fondsverwaltung S. 63 f; Mallmann S. 191; Papier S. 117; Stern, Subventionierung S. 524

221 Bellstedt S. 166

222 Bellstedt S. 166; Friauf, Subventionswesen S. 733

223 Bellstedt S. 166; Schenke, Vorbehalt S. 561

224 Stern, Subventionierung S. 524

225 Schenke, Vorbehalt S. 560 f

226 Schenke, Vorbehalt S. 561; Stern, Subventionierung S. 524

227 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 70 und 73 S. 240 ff; Scheuner S. 41

228 Schenke, Vorbehalt S. 562

229 Bellstedt S. 166; Friauf, Subventionswesen S. 733; Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 101 und 104; Gröpl S. 195 f; Hamann, Subventionsrecht S. 489; Püttner S. 100 f; Schenke, Vorbehalt S. 560 f; Stern, Verwaltung durch Subventionen S. 420

230 Bellstedt S. 166; Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 101; Götz S. 292

231 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 221

lung sind für die Teilnehmer am Wettbewerb die Risiken durch Subventionen vorhersehbarer und damit als Wirtschaftsfaktoren kalkulierbarer [233]. Dies entspricht auch einem Gerechtigkeitsgefühl, wenn nicht nur weniger wichtige Angelegenheiten (z. B. Subventionierung eines Konkurrenten, der die Existenz des Nichtsubventionierten untergräbt) unter den Regelungsvorbehalt der Legislative fallen [234].

Die Kritiker des erweiterten Vorbehalts meinen, der Subventionierte stehe mit dem Nichtsubventionierten in keiner so engen Beziehung wie etwa bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung, denn der Nachteil trete nicht in den Rechten, sondern in den Chancen (Reflexen) ein [235]. Dabei wird übersehen, daß gerade die um Erträge und Existenz kämpfende, freie und soziale Marktwirtschaft auf veränderte Wirtschaftsfaktoren schnell reagiert, zumal in den letzten Jahren die Verbraucher sich sehr qualitäts- und preisbewußt gezeigt haben. Auch sollten die vorerwähnten Konsequenzen nicht außer Acht gelassen werden [236]. Sofern man die freie, soziale Marktwirtschaft nicht bereits über Artikel 2 Absatz 1 Grundgesetz geschützt sieht und somit zum Vorbehaltsbereich zählt [237], bleibt noch die Hilfskonstruktion des Artikels 3 Absatz 1 Grundgesetz, die dann aber wegen der Folgenbetrachtung extensiver (als nur das Willkürverbot) interpretiert wird [238].

Die bisherigen Ausführungen zu diesem Titel zeigen, welche Macht bzw. Herrschaft die Exekutive mit den Subventionsgewährungen besitzt. Die Rechtsgüter der Bürger verdienen unabhängig von der Art hoheitlicher Maßnahmen (Eingriff oder Lenkung durch Leistung) einen Schutz [239], was gerade die

---

232 Stern, Subventionierung S. 524
233 Zuleeg S. 83
234 Götz S. 91; Mallmann S. 185
235 Friauf, Subventionswesen S. 736
236 Auf Seite 736 f weist Friauf (Subventionswesen) selbst darauf hin, daß ein Verzicht auf angebotene Subventionen meist zur Konkurrenzunfähigkeit führt. Kaum anders wird das Verhältnis für die zu denen sein, die keine Subventionen aus der Sicht der Verwaltung erhalten können.
237 So rechnet z. B. Zuleeg S. 23 die freie, soziale Marktwirtschaft zur verfassungsmäßigen Ordnung des Artikels 2 Absatz 1 Grundgesetz.
238 So z. B: Papier S. 117
239 Bellstedt S. 164

Aufgabe der klassischen Vorbehaltslehre war, die aber die mangels damaliger hoheitlicher (Um-)Verteilungsmechanismen aus den Leistungen hervorgehenden Gefahren nicht ausreichend erkennen konnte [240]. Auch gab es in der konstitutionellen Monarchie Bestrebungen, die Exekutive zu Lasten des freiheitsschützenden Vorbehaltsprinzips zu stärken. Die Subventionen können nicht nur die Freiheit des einzelnen beeinträchtigen, sondern auch vorgefundene Situationen strukturell verändern [241]. Diese Macht alleine in die Hände der Verwaltung zu legen und nicht unter den Vorbehalt des Gesetzgebers zu stellen, muß unter rechtsstaatlichen (und demokratischen [242]) Gesichtspunkten höchst bedenklich erscheinen.

Gegen die Ausdehnung des Vorbehaltsprinzips, insbesondere auf die Subventionsleistungen, wird vorgebracht, daß sie zwar drittbeeinträchtigende Wirkung haben könnten; sie gewönnen dadurch aber noch keinen eingriffsähnlichen Charakter, der eine gesetzliche Ermächtigung nötig mache [243]. Die Auswirkungen der Subventionen auf Dritte sind aber häufig nicht mehr zu übersehen, bei denen die negativen Konsequenzen durch einen Rechtsschutz des Bürgers nur geringfügig eingeschränkt werden können [244]. Außerdem ist das klassische Eingriffsdenken neben einem subjektiven öffentlichen Recht (hinsichtlich eines Rechtsschutzes) ebenso auf das unmittelbare Betroffensein ausgerichtet [245]. Die Vergünstigungen des einzelnen erweisen sich dagegen in der heutigen modernen Industriegesellschaft vielfach direkt oder indirekt, offen oder versteckt für den anderen als Last [246]. Diese Last kann für den einzelnen schmerzlicher sein als ein unmittelbarer Eingriff in ein subjektives Recht [247]. In vielen dieser Fällen wird der Nachweis schwer zu erbringen sein, es liege mit der Leistung zugleich ein (unmittelbarer) Eingriff vor [248].

---

240 Bachof, Rechtsstaat S. 58
241 Friauf, Subventionswesen S. 733
242 Hinsichtlich der Kompetenzverteilung
243 Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 103
244 Gröpl S. 195; Scheuner S. 40
245 Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht S. 260
246 Imboden, Das Gesetz S. 42; Mallmann S. 191
247 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 70 und 73 S. 240 ff; Kisker, Vorbehalt S. 1316; Scheuner S. 41

Die Aufgaben des Staates haben sich insbesondere in den Bereichen Arbeit, Wirtschaft, Bildung, Verkehr, Städtebau, Wohnen, Gesundheit, Sport, Umwelt derart in Richtung Leistungen gewandelt [249], daß zu Recht auch von einem Verteilungsstaat gesprochen werden kann [250], bei dem das Wohlergehen des Bürgers heute mindestens so stark von der Förderung abhängt wie vom Unterlassen staatlicher Eingriffe [251]. Für ihn ist daher die Macht der (lenkenden bzw.) leistenden Verwaltung ebenso real wie die der eingreifenden Verwaltung [252]. Andere Sicherungen als für die Anordnung von Eingriffen sollten deshalb ebenfalls nicht für die Gewährung von Leistungen gelten [253], zumal in der sachlichen Bedeutung kein wesentlicher Unterschied mehr besteht [254]. Es ist sogar, wie vorstehend zu ersehen, für den einzelnen leichter, sich mit Abwehrrechten (wegen Eingriffen) gegen hoheitliche Maßnahmen zur Wehr zu setzen als gegen eine ungerechte Verteilung von Leistungen vorzugehen [255]. Die Lebensgrundlage des Bürgers sollte nicht von administrativen Ermessensentscheidungen abhängig gemacht werden [256].

Den gewandelten Verhältnissen wird nur ein Fortdenken des Rechts in Richtung Verteilungsordnung gerecht [257]. Dies kann langfristig dem Ansehen hoheitlicher Maßnahmen helfen, nicht mehr nach "negativen" und "positiven" Handlungen zu differenzieren [258]. Aus diesen Gründen darf eine Unterscheidung von Eingriff und Leistung bei der Beurteilung des Vorbehaltsbereichs zu keiner unterschiedlichen Lösung führen.

---

249 Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht S. 260; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713
250 Imboden, Das Gesetz S. 42; derselbe, Der verwaltungsrechtliche Vertrag S. 74; Mallmann S. 191
251 Kisker, Vorbehalt S. 1316
252 Friauf, Subventionswesen S. 737 f; Mallmann S. 191
253 Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag S. 74
254 Selmer S. 493
255 Selmer S. 17
256 Selmer S. 17
257 Zacher, Verwaltung durch Subventionen S. 355
258 Krebs, Vorbehalt und GG S. 125

18. Ist es der Exekutive möglich, "Geschenke" ohne Vorbehalt zu gewähren?

Für die Erweiterung des Vorbehalts wird häufig das Argument vorgebracht, der Staat dürfe nichts verschenken [259]. So hätten Subventionen den Zweck, Verlusten vorzubeugen oder sie auszugleichen, nicht jedoch den Subventionierten Gewinne zufließen zu lassen [260] (was bestritten ist [261]). Diese Leistungen haben sich am Gemeinwohl zu orientieren [262]. Der Volkswirtschaft kann es nur schaden, wenn man den subventionierten Unternehmen verbieten würde, Gewinne zu erzielen [263]. Letztlich entscheidend ist jedoch die Orientierung an dem Gemeinwohl, wie z. B. die Begünstigung der Industrieansiedlung in strukturschwachen Gebieten. Im übrigen bringt das Schenkungsverbot für das Vorbehaltsproblem nichts, weil es sich (nach dem Wortlaut, der Staat dürfe nichts verschenken) nicht nur an die Verwaltung richtet, sondern auch an die Gesetzgebung als Teil des Staates [264].

Über den Umweg der Freiheitsbeschränkung bzw. Belastung durch Subvention und der durch den fehlenden normativen Anspruch entstehenden (freiheitswidrigen) "Bettlergesinnung" [265] lassen sich Aussagen zum Vorbehaltsproblem treffen, wie dies aus den vorstehenden Titeln zu ersehen ist. So würden derartige Geschenke eine unverkennbare Lähmung der wirtschaftlichen Aktivität und Initiative sowie eine Beein-

---

259 Friauf, Subventionswesen S. 733; Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302; Rupp, Grundfragen S. 142; Zeidler, Bemerkungen S. 335; Zuleeg S. 89: Verfassungsrechtlich sei das Schenkungsverbot im Übermaßverbot verankert; BVerwG NJW 1959, 1098, 1099

260 BVerwG NJW 1959, 1098, 1099

261 Gegen Gewinne aus Subventionsleistungen ist das BVerwG NJW 1959, 1098, 1099, jedoch seien solche Subventionen nicht ungesetzlich; gegen diese Konsequenz wendet sich Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302, denn dann sei die Grenze zwischen sozialem Rechtsstaat und "Gefälligkeitsstaat" eindeutig überschritten. Gewinne durch Subventionen erlauben Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 232 und Zuleeg S. 90, weil Subventionen am Gemeinwohl orientiert sein sollten.

262 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 232; Zuleeg S. 90

263 Zuleeg S. 90

264 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 232

265 Rupp, Grundfragen S. 142

trächtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit bewirken und sei es nur darum, daß sie ein "politisches Wohlverhalten" erwarten ließen [266].

Andere Teile der Literatur begründen das Schenkungsverbot der Exekutive und die Forderung nach einem Vorbehalt über die staatlichen Finanzmittel: Die Verwaltung arbeite mit öffentlichen Mitteln, die ihr von den Erbringern dieser Mittel - vornehmlich den steuernzahlenden Bürgern - nicht zur beliebigen Verwendung, sondern unter gleichmäßiger und gerechter Berücksichtigung aller in Frage kommenden Personen überantwortet worden seien [267]. Der Staat könne mit seinen Geldmitteln nicht wie ein Privatmann schalten und walten und dürfe sie nur zu normgemäßen staatlichen Zwecken verwenden [268]. - Der Vorwurf, daß sich auch der Gesetzgeber an die staatlichen Zwecke zu richten habe, trifft hier in gleicher Weise wie vorstehend zu. Dagegen läßt sich historisch begründen, daß die Verwaltung für ihre Ausgaben zuvor der parlamentarischen Zustimmung über das Haushaltsgesetz bedarf [269]. Die genaue Verteilung der Mittel ist aber im Haushaltsgesetz regelmäßig nicht vorgesehen. Das Haushaltsgesetz seinerseits wurde bereits in der konstitutionellen Monarchie zum Vorbehaltsbereich gezählt. Dies spricht für eine Einbeziehung von "Schenkungen" in den Vorbehaltsbereich.

Zu Recht wird dem Verbot entgegengehalten, daß das (privatrechtliche) Schenken "zwecklos" sei, während die Subventionen einem Zweck zu dienen hätten [270]. "Zwecklose" Subventionen sind nicht am Allgemeinwohl orientiert, weshalb sie sowohl dem Gesetzgeber als auch der Verwaltung verboten sind, denn andernfalls liegt sowohl ein Verstoß gegen das Übermaßverbot [271] als auch gegen das rechtsstaatliche und sozialstaatliche Prinzip einer gerechten Umverteilung vor.

---

266 Rupp, Grundfragen S. 142 f Anmerkung 104 mit weiteren Nachweisen; Stern, Subventionierung S. 525
267 Bachof, Rechtsstaat S. 59
268 Henze S. 22
269 Köttgen, Subventionen S. 487
270 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 232 mit weiteren Nachweisen
271 Zuleeg S. 89 f

19. Wie verhalten sich die weiteren rechtsstaatlichen Erwägungen zur Erweiterung des Vorbehaltsprinzips?

Das Rechtsstaatsprinzip ist auf gerechtes Verhalten des Staates angelegt, unabhängig davon, ob es sich um leistende oder eingreifende Verwaltung handelt [272]. Das Gerechtigkeitsdenken, das von der Form hoheitlicher Maßnahmen unabhängig ist und sich in seiner inhaltlichen Qualität nicht nur an der Zweckmäßigkeit orientiert, unterscheidet deshalb nicht zwischen belastenden und begünstigenden staatlichen Maßnahmen [273]. An welchen Kriterien soll sich die Verwaltung für ein gerechtes Verhalten im Bereich der leistenden Verwaltung ausrichten? Sie könnte diese zwar selbst schaffen, die Geschichte rechtsstaatlichen Denkens hat aber gelehrt, daß eine Vermutung dafür spricht, Rechtsnormen enthielten am ehesten gleichmäßig gültige und gerechte Maßstäbe, die von den Gerichten nachgeprüft werden könnten [274]. Auch könnten die Parlamente die Verwaltung besser kontrollieren, denn vorbehaltsfreie Bereiche weisen naturgemäß erhebliche Regelungslücken auf [275]. Die Normierung begünstigt das Recht als Ordnung im Sinne eines sozialen Rechtsstaates, in der sich das Gerechtigkeitsdenken eher durchsetzen läßt als bei vielfältigen, häufig unabhängig voneinander zu ermittelnden Einzelfallentscheidungen, die zwangsläufig erhebliche Unterschiede aufweisen [276]. Vielen erscheint es bedenklich, wenn bei staatlichen Leistungen anstatt des Gesetzgebers die Verwaltung die Interessenssphären der Bürger in einem Verteilungsstaat absteckt, was naturgemäß auf Konkurrenzverhältnisse einwirkt [277]. Das Problem läßt sich alleine auch nicht mit Hilfe des Rechts- und Sozialstaatsprinzips - in Verbindung mit anderen Grundsätzen, wie z. B. dem Gleichheitssatz, - als Ermächtigungsgrundlage lösen [278], weil diese Prin-

---

272 Bellstedt S. 164
273 Bellstedt S. 164
274 Bellstedt S. 164 mit einer Vielzahl von Nachweisen zu der Vermutung
275 Krüger, Intervention S. 138; a. A., weil gegen diese Unterordnung Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 220
276 Badura, Daseinsvorsorge S. 632; Bellstedt S. 170
277 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 96; Friauf, Subventionswesen S. 736; vergleiche Ausführungen zu oben 16.
278 So aber früher (1954) Bachof, Rechtsstaat S. 63

zipien zu unscharfe Konturen besitzen und an dem zu weiten Verwaltungsermessen nichts ändern können. Das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigung für eine gewährende, darbietende und subventionierende Verwaltung wird daher in einem modernen, sozialen Rechtsstaat als unerträglich empfunden [279]. - Auch diese rechtsstaatlichen Argumente fordern mangels anderer gleichwertiger, gangbarer Wege die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips.

20. Berechtigt bereits das allgemeine Demokratieprinzip zur Erweiterung des Vorbehaltsgrundsatzes?

In der konstitutionellen Monarchie war die Verwaltung abhängig von dem Monarchen, der seinerseits in weiten Bereichen gesetzesfrei regieren konnte und damit einen Teil seiner absoluten Befugnisse rettete [280]. Das Grundgesetz hat dagegen in Artikel 20 Absatz 2 ein umfassendes Demokratiegebot auch für die Verwaltung festgeschrieben, das die Unterschiede zwischen Volkssouveränität und "monarchischer" Souveränität beseitigt [281]. Danach hat alle Staatsgewalt vom Volke, d. h. vom Willen des Volkes, auszugehen. Die demokratische (mittelbare) Legitimation der Verwaltung macht den Umweg über die von den Parlamenten gewählten und von ihr abhängigen Verwaltungsspitzen [282], was die Verwaltung einer gewissen Eigenständigkeit aber nicht beraubt [283].

Die (demokratische) Willensherrschaft des Volkes, die am unmittelbarsten durch das direkt gewählte Parlament verwirklicht wird, legt den Schluß nahe, durch einen umfassenden demokratischen Vorbehalt diesen Willen zur verbindlichen Geltung zu bringen, also auch für die Vergabe von hoheitlichen Leistungen [284]. Für die Erweiterung werden noch

---

279 Giacometti S. 251, der meint, daß ohne gesetzliche Regelung der Staat nur ein "hinkender Rechtsstaat" sei; Franz Mayer S. 196

280 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 93

281 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713

282 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 94; Götz S. 284; auf kommunaler Ebene besitzen in den Ländern Bayern und Baden-Württemberg die direkt gewählten Bürgermeister erheblichen Einfluß auf die Personaleinstellung.

283 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 94

284 Mallmann S. 186; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713

weitere Argumente aus dem Demokratiegrundsatz des Grundgesetzes angeführt? Der Vorbehalt entspringe teilweise dem Demokratieprinzip [285]. Die bedeutendsten Gebiete im Staatswesen seien heute in der leistungsgewährenden Wirtschafts- und Sozialpolitik zu suchen, die in einer parlamentarischen Demokratie nicht vom Vorbehaltsprinzip ferngehalten werden dürften [286]. In einer parlamentarisch-demokratischen Staatsverfassung müßten Entscheidungen aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch die Gesetze erfolgen [287]. Die Verwaltung könne und dürfe im demokratischen Rechtsstaat nichts anderes sein als die Vollziehung des im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Volkswillens [288]. Die Verwirklichung des Gleichheitssatzes müsse auf demokratischem Wege durch Einschaltung des Gesetzgebers erfolgen und das um so mehr, als - angesichts der beschränkten, dem Staat zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel - von vorneherein der Kreis der Begünstigten im Sinne einer Auswahl zu bestimmen sei [289]. Wegen der Bedeutung des Zusammenhangs von Eingriff und Vergabe bedürfe die Verwaltung einer demokratischen Legitimation durch ein unmittelbar volksgewähltes Organ [290].

Die Ausdehnung des Vorbehaltsprinzips alleine aus dem Demokratiegebot wird aber vielfach kritisch beurteilt: Bei einem solch extensiven Verständnis des Demokratieprinzips würde das Parlament zum Abstimmungsautomaten degradiert und die staatlichen Machtzentren zu einer nicht in gleicher Weise zugänglichen Exekutive verlagert [291]. Das Demokratieprinzip sage über die Kompetenzverteilung im einzelnen nichts aus [292]. Das Parlament möge der Ableitung des Volkswillen näher stehen als die Exekutive, demokratischer sei es deshalb

---

285 Pietzner S. 343; Rupp, Anm. zu VGH S. 226; Spanner, Verwaltungsrecht S. 13 und 15

286 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 71 S. 241

287 BVerfGE 40,237,249; vgl. auch das nachfolgende Kapitel

288 Spanner, Anm. zu BVerwG S. 343; derselbe, Verwaltungsrecht S. 15

289 Schaumann, Gleichheit und Gesetzmäßigkeit S. 276; Spanner, Verwaltungsrecht S. 15

290 Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 810

291 Schenke, Vorbehalt S. 55, der sich damit vorwiegend gegen den Totalvorbehalt wendet, - auf Seite 566 f setzt er sich für eine Erweiterung auf den Subventionsbereich ein; vergleiche auch Anmerkung 294

292 Götz S. 284

nicht [293]. Für die Erweiterung des Vorbehalts spreche weniger der Gesichtspunkt der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Parlaments als andere Argumente [294]. Wer sich auf das Demokratieprinzip berufe, verlasse die Grundlage jeder rechtsdogmatischen Arbeit, und sein irrationaler Beitrag als "Deuter" würde übermächtig [295].

Allein das allgemeine Demokratieprinzip für die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips heranzuziehen, erscheint deshalb fragwürdig. Gegen das Argument der weiteren Belastung der Parlamente wurde bereits oben bei 7. erwähnt, daß einerseits die Legislative nicht müde werde, neue "Leistungsgesetze" zu schaffen, und andererseits es angebracht sei, sie durch eine großzügige Verfassungsinterpretation zu entlasten. - Zutreffend ist dagegen die Kritik, daß das Demokratiegebot keine (genaue) Abgrenzung der Kompetenzen enthält; würde es aber eine solche enthalten, wäre die Diskussion zur Erweiterung des Vorbehaltsprinzips überflüssig. Auch die klassische Eingriffstheorie kann bzw. konnte ihre Grenzen nicht aus der Verfassung entnehmen. - Warum allerdings die den Volkswillen repräsentierenden Parlamente nicht demokratischer sein sollen, nachdem sie doch dem Willen des Volkes näher stehen, bleibt ungeklärt. Demokratisch legitimiert ist die Exekutive allemal, weshalb das Unmittelbarkeitsargument nicht besonders zugkräftig sein kann, zumal die Verwaltung auf die größere Sachkenntnis verweisen kann und nicht derart von Modeströmungen im Meinungsbild des Volkes abhängig ist.

Zugunsten einer Erweiterung ist besonders das Argument hervorzuheben, daß die grundsätzlichen Fragen in einer parlamentarisch-demokratischen Staatsverfassung vom repräsentativen, direkt gewählten Parlament durch die Verwaltung bindende Normen entschieden werden müßten. Im nachfogenden Titel und im nächsten Kapitel wird dies ausführlicher behandelt.

---

293 Götz S. 284 f
294 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30
295 Starck, Gesetzesbegriff S. 282 - "Deuter" im Sinne eines Gegensatzes rechtsdogmatischer Interpretation

21. Liegt die politische Führungsrolle beim Gesetzgeber?

Die Bejahung der Frage könnte eine Ausdehnung des Vorbehaltsprinzips bedeuten. Die politische Führungsrolle des Gesetzgebers ist nach dem Aufbau der Verfassungsstruktur, insbesondere nach dem Demokratieprinzip und den organisatorischen Teilen, unbestritten [296]. Begründet wird sie auch mit einer Handlungsform bzw. einem Mittel des Parlaments, nämlich mit dem Gesetz als vorrangiges Ordnungs- bzw. Leit- und Lenkungsmittel [297]. Eine andere Frage ist, ob die Führungsrolle der Legislative absolut gesehen werden muß, was einen (Teil-)Verzicht bzw. eine Beschränkung der Exekutive bedeuten würde. Befürworter einer absoluten Führungsrolle stellen auf die Bedeutung grundlegender Fragen ab, die für die Sozialgestaltung unseres Staatswesens weit wichtiger seien als zweitrangige Gesetze [298]. Es bestehe eine parlamentarische Verantwortung für Regelungen von erheblicher Tragweite [299]. Beim Vorbehalt dürfe nicht einseitig nur auf den Schutz der Individualssphäre gesehen und dabei völlig die demokratische Komponente der Vorbehaltslehre vernachlässigt werden [300]. Die politische Führungsrolle des Gesetzgebers lasse sich auch an der Regelung des Artikels 80 Absatz 1 Grundgesetz ablesen [301].

Die Kritik gegen die absolute Führungsaufgabe des Gesetzgebers setzt bei dem Gewaltenteilungsgrundsatz ein, nach dem der Exekutive gegenüber der Legislative eine Selbständigkeit zukomme und sich eine völlige Unterordnung verbiete [302]. Schon oben bei 8. wurde erwähnt, daß ohne die Erweiterung des Vorbehalts die Übermacht der Exekutive gegenüber der Legislative zu groß sei (z. B. Initiativen, Fachwissen, In-

---

296 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 225 ff; Norbert Henke S. 611; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 240; Pietzner S. 342; Werner Thieme, Vorbehalt S. 82
297 Soell S. 245
298 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 225; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 240; Pietzner S. 342
299 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 225 ff
300 Pietzner S. 342
301 Pietzner S. 342; Soell S. 245
302 Werner Thieme, Vorbehalt S. 82

formationsvorsprung, bessere Organisation). Das Kontrollrecht des Parlaments kann bei seinem heutigen Zeitmangel, seinem Arbeitsdruck und seiner Detailunkenntnis über die Verwaltung nur ausgeübt werden, wenn das Parlament die politischen Leitentscheidungen selbst fällt [303]. Weitreichende Delegationen an die Exekutive sind deshalb erforderlich, deren Ermessensspielraum um so geringer ist, je mehr und stärker grundrechtliche Positionen berührt werden [304]. Bei der Konkretisierung durch die Exekutive muß aber noch erkennbar sein, daß die Grundentscheidung vom Gesetzgeber getroffen wurde [305]. Für die Richtlinienkompetenz und Verantwortungen der Regierungschefs innerhalb dieses Rahmens bleiben noch genügend Freiräume, die ihre verfassungsrechtliche Selbständigkeit nicht in Frage stellen.

Diese demokratische Komponente des Vorbehalts in Form der politischen Führungsrolle des Gesetzgebers ist eines der wesentlichen Argumente, die für eine Erweiterung des Vorbehaltsbereichs sprechen, zumal die heutigen hoheitlichen Aufgaben vorwiegend zur Daseinsvorsorge bzw. zum Bereich der Leistungsgewährungen zu zählen sind [306]. Ausführlicher behandelt wird die politische Führungsrolle auch noch als ein Argument der Wesentlichkeitstheorie bei Kapitel V 2 b.

22. Welche Auswirkungen hat das Sozialstaatsprinzip auf die heutige Vorbehaltslehre?

Der Verteilungsstaat des Grundgesetzes ist nicht mehr eine Ordnung des liberalen Rechtsstaates mit dem freien, selbstverantwortlichen Bürger, sondern eine Ordnung des sozialen Rechtsstaates mit Verantwortung für seine Mitglieder [307]. Der Sozialstaat bildet auch keinen Gegensatz zum Rechtsstaat, sondern ein moderner Rechtsstaat ist vielmehr zugleich ein Sozialstaat [308]. So gelangt der Bürger erst durch die Beteiligung an der Daseinsvorsorge zu seiner Freiheit [309]. Freiheitsverbürgung und Sozialstaatsprinzip gehören

---

303 Friesenhahn, Parlament und Regierung S. 39 f
304 Norbert Henke S. 611
305 Götz S. 296
306 Henze S. 25
307 Badura, Daseinsvorsorge S. 632; Raiser S. 3
308 Giacometti S. 251 f; Krebs, Vorbehalt und GG S. 121
309 Friauf, Subventionswesen S. 737; Krebs, Vorbehalt und GG S. 126

daher zusammen [310]. Demgemäß sind die Grundrechte nicht nur von der traditionellen Eingriffsdogmatik her zu bestimmen, sondern auch vom leistungsstaatlichen Sozialstaatsgedanken eines sozialen Rechtsstaates [311]. Die Grundrechtsverwirklichung bleibt die Aufgabe des Sozialstaates, der dies in den Formen des Rechtsstaates zu erfüllen hat [312]. Der Leistungsstaat soll die existenzielle Freiheit auch vom Staat ermöglichen [313]. Diese Auffassung hat, wie vorstehend angedeutet, mit dem Wandel der Zeit zu tun: Früher galt das Leitbild des freien, verantwortlichen Menschen, der vom Staat möglichst in Ruhe gelassen werden sollte, während der Bürger heute - insbesondere von den vielfältigen Leistungen der das Massendasein organisierenden Apparate und ihren anonymen Machthabern - abhängig ist und den Staat aus diesem Grunde um Hilfe anrufen muß [314].

Im Rahmen der Vorbehaltslehre wurde dem Sozialstaatsprinzip vereinzelt in der Literatur gar die Bedeutung einer Ermächtigungsgrundlage für die Verwaltung zur Regelung hoheitlicher Leistungen zuerkannt [315]. Dies vermutlich deshalb, weil nicht einzusehen ist, daß es den vielfältigen Subventionen an der Legitimation gefehlt habe oder fehlen sollte [316]. Das Sozialstaatsprinzip ist aber derart unbestimmt, daß es als (uneingeschränkte) Ermächtigung zu irgendwelchen Wohltaten, von den wenigen Fällen existenznotwendiger Leistungen abgesehen, nicht in Frage kommen kann [317].

Soweit man von der Entscheidung des einfachen Gesetzgebers in Artikel 1 § 31 Sozialgesetzbuch zugunsten eines Vorbehalts [318] einmal absieht, stellt sich die Frage, ob Regelungen im Rahmen des Sozialstaatsprinzips von sich aus bereits die Erweiterung der klassischen Vorbehaltslehre fordern. Oben wurde schon erwähnt, daß die Freiheitssicherung

---

310 Krebs, Vorbehalt und GG S. 121
311 Krebs, Vorbehalt und GG S. 121 f
312 Krebs, Vorbehalt und GG S. 125 f
313 Krebs, Vorbehalt und GG S. 125
314 Raiser S. 3
315 Bachof, Rechtsstaat S. 63
316 Friauf, Subventionswesen S. 733 und 735
317 Götz S. 285; Mallmann S. 271; Stern Subventionierung S523
318 Vergleiche z. B. Erichsen, Vorbehalt S. 95; Norbert Henke S. 612

nicht ohne die Teilnahme an der sozialstaatlichen Daseinsvorsorge gegeben ist. Sicherheit ist aber nur vorhanden, wenn sie rechtlich für den einzelnen Bürger verankert ist [319]. Und wie soll dies anders und wirksamer geschehen als durch einen subjektiven Anspruch? Wie kann es im Bereich der sozialen Sicherheit ohne einen Rechtsanspruch der betroffenen Bürger ein Sicherheitsgefühl geben [320]? Ist eine rationelle wohlfahrtsstaatliche Verwaltung ohne eine materiell geregelte Ordnung möglich [321]? Kann überhaupt ohne normative Regelung eine für möglichst alle soziale Gerechtigkeit verwirklicht werden [322]? Die Beantwortung der Fragen läuft letztlich auf einen normierten subjektiven Rechtsanspruch hinaus. Je intensiver der einzelne in Beziehung zum Sozialstaat kommt, je mehr der Sozialstaat zu einem Versorgungsträger und existenziellen Garanten irgendwelcher Freiheiten wird, desto notwendiger bedarf es überschaubarer und meßbarer abstrakt-genereller Regelungen [323]. Auf diese Weise kann eine gerechte und gleichmäßige soziale Behandlung weitgehend gewährleistet werden [324]. Es verwundert daher nicht, wenn das Fehlen gesetzlicher Ermächtigungen in diesem Bereich als unerträglich empfunden wird [325]. Der Sozialstaat hat sich nun einmal in den Formen des Rechtsstaats zu bewegen, zu dem auch das Vorbehaltsprinzip bzw. die Grundrechtsgestaltung des Gesetzgebers gehört [326]. Aus diesem Grunde kann der Exekutive kein originäres Initiativrecht in der leistungsrechtlichen Grundrechtsgestaltung zugestanden werden [327]. Wer allerdings von dem in weiten Teilen unbestimmten Sozialstaatsprinzip eine endgültige Antwort auf den (genauen) Umfang des Vorbehaltsprinzips [328] oder gar eine Rechtspflicht für den Gesetzgeber zum Eingreifen [329] erwartet, mißt diesem Grundsatz eine allzu große Bedeutung zu.

---

319 Friauf, Subventionswesen S. 737
320 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 74 S. 242
321 Giacometti S. 251
322 Bellstedt S. 171
323 Bellstedt S. 164
324 Bellstedt S. 164
325 Franz Mayer S. 196
326 Krebs, Vorbehalt und GG S. 125 f
327 Krebs, Vorbehalt und GG S. 127
328 Schenke, Vorbehalt S. 556
329 Gröpl S. 196

Zur Heranziehung des Sozialstaatsprinzips für die Erweiterung des Vorbehaltsprinzips gibt es auch kritische Stimmen. Der Sozialstaat sei häufig auf schnelles Handeln und Reagieren angewiesen, das sich mit dem seiner Natur nach schwerfälligen Gesetzgebungsverfahren nicht vereinbaren lasse [330]. Bei fehlender Normierung könne aus besonders gelagerten Gründen von der bisherigen Verwaltungsübung abgewichen werden [331]. Zu den Fällen notwendigen schnellen und außergewöhnlichen Reagierens, bei dem es sich überwiegend um Not- bzw. Katastrophenfälle handelt, wurde bereits bei oben 4. und 5. Stellung genommen. Die Probleme ergeben sich daraus, daß einerseits die sozialen Erfordernisse einem ständigen Wandel unterliegen und andererseits über diesen Wandel selbst, dessen eventuelles Ausmaß und die daraus zu ziehenden Konsequenzen vielfach Meinungsverschiedenheiten bestehen [332]. Ein allseits befriedigender Lösungsweg zu den verschiedenartigsten Meinungen und Interessen kann nur über eine verbindliche Regelung des Parlaments beschritten werden, das auch legitimiert ist, den sozialen Status seiner Bürger zu gestalten und zu sichern [333]. Erst dadurch wird verständlich, daß die Subventionsordnungen auch als Konfliktsordnungen bezeichnet werden [334].

Den Bereich der Wirtschaftsförderung davon auszunehmen, weil Ansprüche der Unternehmen oft nicht erwünscht seien oder an der Begrenztheit der zur Verfügung stehenden Mitteln scheitern könnten [335], ist nicht angebracht, da die vorstehenden Argumente ebenfalls auf diesen Bereich zutreffen und heute auf den sozialen Status des Bürgers vielfach über die Wirtschaftsförderung Einfluß gewonnen wird. An dieser Kritik ist zwar richtig, daß die Höhe der voraussichtlichen Ausgaben bei eventuellen Ansprüchen oftmals im voraus nicht genau bestimmt werden kann, in anderen Bereichen aber kann dasselbe Problem bestehen. Auf dem Gebiet der Wirtschaftslenkung ist

---

330 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30
331 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30
332 Mallmann S. 191 f
333 Mallmann S. 192
334 Stern, Verwaltung durch Subventionen S. 420
335 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 74 S. 242

es gerade wichtig, Ansprüche und somit gut kalkulierbare Eckdaten für die Zielplanungen bzw. Kalkulationen zu haben. Nur durch feststehende und damit zuverlässige Ansprüche kann eine ehrliche und vertrauensvolle Wirtschaftspolitik betrieben werden, nicht dagegen bei zweifelhaften Versprechungen. - All diese sozialstaatlichen Gründe fordern eine Erweiterung des Vorbehaltsprinzips [336].

23. Ist die derzeitige Situation bei der historischen Auslegung entscheidend zu berücksichtigen?

Meinungen in der Literatur behaupten, solange die Gerichte bei ihren Kontrollen hoheitliche Maßnahmen billigen, dürfe die Rechtswissenschaft sie nicht für verfassungswidrig erklären, andernfalls würde sie an der Wirklichkeit vorbeileben [337]. Daß dem aber nicht so ist, zeigen bereits die Ausführungen zur Geschichte des Vorbehalts in Kapitel II; vergleiche auch nachfolgend die Erläuterungen zur Organisationsgewalt in Kapitel VII. Auch gibt es anders als im internationalen Recht hier nicht den Vorrang des Faktischen vor dem Rechtlichen. Die Gründe, weshalb der klassische Vorbehaltsbereich so eng ausgelegt wurde, sind heute nicht mehr gegeben [338]. Eine entwicklungsgeschichtlich bedingte, restriktive Auslegung ist deshalb vorliegend nicht angebracht [339].

24. Sind Verfahren, Organisation und Zuständigkeiten zum Vorbehaltsbereich der Leistungsverwaltung zu zählen?

Wer die Schaffung der Befugnisse dem Vorbehaltsprinzip unterstellt, hat damit noch keine Aussage getroffen, ob auch Verfahren, Organisation und Zuständigkeiten dem Vorbehalt unterliegen. Hierzu bedarf es einer besonderen Begründung, bei der die Unterscheidung des Eingriffs von der Leistung unbedeutend ist.

---

336 Im Ergebnis ebenso Götz S. 285 neben den positiven Anmerkungen zum Sozialstaatsprinzip

337 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 247; Beispiele für die Leistungsverwaltung ohne gesetzliche Grundlagen nennt Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 218

338 Vergleiche die Kapitel II - IV und VII

339 Franz Mayer S. 193

Überwiegend wird angenommen, daß der hier zu untersuchende Bereich nicht dem Vorbehalt unterliegt [340]. Genannt werden verschiedene Argumente: Das Interesse sei gegenüber den Verteilungsproblemen ungleich geringer [341]. Eine vergleichbare Parallele zum administrativen Bereich des gesetzlichen Richters in Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 sowie dem Aufbau und dem Verfahren der Bundesfinanzbehörden in Artikel 108 Absatz 1 Satz 2 würde es im Grundgesetz nicht geben [342]. Eine moderne differenzierte Verwaltung bedürfe einer gewissen organisatorischen Elastizität, um sich den häufig wechselnden Erfordernissen anzupassen [343]. (Zu den Vor- und Nachteilen der Elastizität bzw. des schnellen Reagierens wurde bereits in den vorstehenden Titeln Stellung genommen.) Die Erzeugungsregeln des "Innenrechts" seien völlig anders strukturiert als die des "Außenrechts", ebenso würden andere Formerfordernisse und Zuständigkeiten gelten, während der Vorrang des Außengesetzes unbeachtlich bleibe [344]. (Diese Argumente sind aber nur die Folgen und beinhalten keine Anhaltspunkte zur Unterscheidung, ob ein Vorbehalt gegeben ist, dann "Außenrecht", oder nicht, dann "Innenrecht" - vergleiche auch Kapitel VII.) Erwägungen, die für Eingriffe in Freiheit und Eigentum herangezogen werden könnten, würden besonders weit von Zuständigkeiten und Verfahren der Leistungsverwaltung entfernt liegen [345]. Der Rechtsschutz des Staatsbürgers mache es nicht notwendig, einen Vorbehalt anzunehmen [346]. Soweit für organisatorische Maßnahmen finanzielle Mittel durch das Parlament bewilligt werden, geschehe dies nicht im Rahmen der Vorbehaltslehre, sondern allein aus budgetmäßigen Gesichtspunkten [347].

---

340 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 93 und 107, der aber dann den Vorbehaltsbereich bejaht, wenn es um neue Zuständigkeiten der Eingriffsverwaltung geht (S. 93); Obermayer, Vorbehalt des Gesetzes S. 354; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 264 f; Rupp, Grundfragen S. 145 f, dagegen derselbe in Anm. zu VGH S. 226 differenzierter - vergleiche nachfolgende Anmerkung 350; Stern, Organisationsgewalt S. 182; BVerfGE 8,155,155f,166f

341 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 264 f

342 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 265 mwN; BVerfGE 8, 155,166

343 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 265 mwN; Stern, Organisationsgewalt S. 182

344 Rupp, Grundfragen S. 146

345 Rupp, Grundfragen S. 146; BVerfGE 8,155,167

346 BVerfGE 8,155,167

347 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 107

Wie teilweise schon angedeutet, besitzen die aufgeführten Argumente wenig Durchschlagskraft. Es ist zwar richtig, daß das Interesse an dem Verfahren und der Organisation der Leistungsverwaltung regelmäßig geringer ist als an der Verteilung hoheitlicher Leistungen, jedoch hat es einerseits auch schon Fälle, wie vorstehend aus 11. zu ersehen, gegeben, bei denen Umstände des Verfahrens der Grund für eine erschwerte oder gar unmögliche Leistungsgewährung waren, oder andererseits hat z. B. am Bau oder an der Verlegung bzw. Nichtverlegung von Verwaltungsteilen ein besonderes privates [348] oder öffentliches Interesse bestanden. - Die fehlende Regelung im Grundgesetz als Argument ist ein bloßer Umkehrschluß. Von Umkehrschlüssen des täglichen Lebens ist aber bekannt, daß sie richtig oder auch falsch sein können. Außerdem fehlt es im Grundgesetz auch sonst an einer klaren Stellungnahme zur Vorbehaltslehre. - Erwägungen, die sich nur am (negativen) Eingriff in Freiheit und Eigentum orientieren, gehören zur klassischen Vorbehaltslehre. - Es sind, wie nachfolgend bei der differenzierten Meinung zu ersehen, auch Fälle denkbar, bei denen die Interessen des Bürgers durch das "Innenrecht" derart beeinträchtigt sind, daß ihm ein Rechtsschutz nicht versagt werden sollte. - Ein wirklich zwingender Grund, den erörterten Bereich vollständig nicht unter den Vorbehalt zu stellen, ist nicht denkbar.

Für eine Einbeziehung in den Vorbehaltsbereich spreche z. B., daß der Ort der Antragstellung für den Antragsteller ebenso wesentlich und vielfach noch von größerer Bedeutung sein könne als der Ort, an dem die Leistung erfolge [349]. Verfahrens-, Organisations- und Kompetenzrecht, die den Bürger berühren, von ihm Beachtung verlangen, ihm Pflichten auferlegen oder Rechte gewähren würden, zählten zum Vorbehalt des Gesetzes [350]. Diese Aussagen der Literatur deuten auf eine differenzierte Haltung entsprechend dem Grad der Betroffenheit bzw. Belastung des (potentiellen) Leistungs-

---

348 Vgl. dazu auch die nachstehende differenzierende Meinung

349 Kopp, Verwaltungsbehörden S. 268, der deshalb die Zulässigkeit des Rechtsschutzes bejaht, da organisatorische Maßnahmen die "Qualität" im Verhältnis zum Staatsbürger berühre, jedoch alleine noch nichts über den für die Begründung notwendigen "Grad" der Berührung aussage.

350 Rupp, Anm. zu VGH S. 226

empfängers im Verhältnis zum Staat hin; noch deutlicher im Ausdruck folgende Ansichten: Die Überweisung oder Zusendung von Geldleistungen sowie von Vorlage- und Meldepapieren als Überbringerpflicht vermeide eine Beschwer durch örtliche Zuständigkeit, nicht dagegen dort, wo sich der Betroffene wegen einer Vorführungs- oder Ablieferungs- oder sonstigen Pflicht am Ort oder im Gebäude selbst oder durch einen Beauftragten einzufinden habe, was eine Beschwer mit sich bringen könne [351]. Verwaltungsorganisation und Zuständigkeitsregelung müßten der Normierung des Gesetzgebers unterliegen, während die Einrichtung der Behörde im einzelnen eine Aufgabe der Verwaltung sei [352]. Die leistende Einzelfallentscheidung sei vom Vorbehalt freigestellt, nicht dagegen organisatorische, planende und gestaltende Tätigkeiten [353].

Die vielfältigen Meinungen [354] haben ihre Schwachstellen entweder in ihren Begründungen oder in den Abgrenzungen bei eventuellen Differenzierungen oder in beiden Teilbereichen. In der Begründung am einleuchtendsten erscheint die Differenzierung nach der Beschwer des Betroffenen, weil sie sich im Rahmen der Begründung der Vorbehaltslehre hält und dem Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers entspricht. Die Feststellung einer Beschwer, insbesondere im Bereich tatsächlicher Gesichtspunkte, kann sich äußerst schwierig gestalten; einen guten Ansatzpunkt für einige Fälle bietet die vorstehende, differenzierte Ansicht, ob sich der Betroffene oder sein Beauftragter an einem bestimmten Ort einzufinden hat oder nicht. Unberücksichtigt bleiben vorerst noch Konsequenzen aus der nachfolgend zu erörternden Wesentlichkeitstheorie.

---

351 Schwabe, Zuständigkeiten S. 116
352 Mallmann S. 187, der bei gestaltender Verwaltung, wie z. B. die Erstellung eines Gebäudes, die haushaushaltsrechtliche Regelung genügen läßt (S. 188).
353 Selmer S. 496
354 Zu weiteren und zum Teil noch extremere Ansichten vergleiche die Darstellung bei Schwabe, Zuständigkeiten S. 115

25. Zwischenergebnis

Die bisherigen Erörterungen lassen zwar auf ein klares Ergebnis schließen, die kritischen Meinungen zur Erweiterung des Vorbehaltsprinzips machen aber deutlich, daß es Problempunkte gibt. Zur Klarstellung seien hier einige genannt: In einer Notaktion könne die Verwaltung aufgrund des Sozialstaatsprinzips durch die Justiz zur Bewilligung lebensnotwendiger Leistungen auch ohne gesetzliche Ermächtigung gezwungen werden [355]. Es lasse sich nicht erkennen, wann und wie eine solche "Notaktion" mangels nachfolgender gesetzlicher Ermächtigung ihre Wirksamkeit einbüßen solle (nach einem oder sechs Monaten? Wer soll nach welchem Kriterium den Eintritt der Rechtswidrigkeit feststellen?) [356, 357]. - In der Praxis gebe es laufend Leistungsgewährungen ohne gesetzliche Ermächtigung [358]. In einigen Landesverfassungen sei vor und nach Inkrafttreten des Grundgesetzes der klassische Vorbehalt des Gesetzes normiert worden [359, 360]. - Der Rechtsstaat wolle den Bürger vor Willkür und schädigenden Eingriffen schützen, nicht aber die ordnende, gestaltende und leistende Tätigkeit der Verwaltungsbehörden dem Gesetzgeber unterstellen oder gar lahmlegen [361]. - Der Vorbehalt solle auf alle "Rechtsverleihungen" ausgedehnt werden, die dem Begünstigten einen verbindlichen Rechtsanspruch einräumen und nicht nur eine unverbindliche Wohltat erweisen wollen [362]. - Bei einer zu starken Betonung der "Teilhabe-

---

355 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 96
356 Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 97
357 Vergleiche oben 5. und 22.; die Ermächtigung zu solchen Handlungen der Exekutive ist bereits immanent in der Verfassung zu sehen, zumal sich der Anspruch des Leistungsempfängers ebenfalls aus der Verfassung ergibt.
358 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 181; eine eventuell falsch gehandhabte Praxis hat aber regelmäßig keinen Einfluß auf die Rechtslage.
359 Vergleiche die Nachweise bei Starck, Gesetzesbegriff S. 284 und 286
360 Vergleiche oben 13.; die neueren Bestimmungen der Landesverfassungen haben meist nicht mehr den klassischen "Eingriffs"-Wortlaut.
361 Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 220; die leistende Verwaltung kann den Bürger aber in gleicher Weise treffen wie Maßnahmen der Eingriffsverwaltung.
362 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 202; die Frage eines verbindlichen Rechtsanspruches ist nichts anderes als ein Wahlrecht, ob eine verbindliche Regelung stattfinden soll oder nicht, was bereits nach der klassischen Vorbehaltslehre möglich war.

rechtsqualität" der Grundrechte drohe eine Auflösung der subjektiven Rechtsqualität der Freiheitsrechte und eine Aushöhlung des individualrechtlich geschützten Rechtsraumes des Bürgers, indem das "Teilnahmerecht" gegen das subjektive Abwehrrecht ausgespielt werde und damit aus seiner dienenden Funktion diesem gegenüber hinaustrete [363].

Nach den Grundprinzipien des Rechtsstaates, des Sozialstaates und der Demokratie kommt man aber nicht umhin, den Vorbehaltsgrundsatz (ebenso wie beim Rechtsverordnungsartikel der Verfassungen [364]) auch grundsätzlich auf die Leistungsverwaltung anzuwenden [365]. Dies entspricht auch der Erkenntnis, daß in Teilbereichen eine "unentwirrbare Verschränkung von Eingriffen und Leistungen" vorhanden ist [366]. Es steht aber dann in Frage, ob bei der Leistungsgewährung nicht bereits eine Form der budgetrechtlichen Regelung oder ein einfacher Parlamentsbeschluß ausreicht oder nicht.

26. Genügen bei der Leistungsverwaltung das Haushaltsgesetz oder sonstige parlamentarische Willensäußerungen den Ansprüchen des Vorbehaltsprinzips?

Abgesehen von dem Sonderfall des Artikels 115, nach dem ein Gesetz erforderlich ist, schweigt das Grundgesetz zu dieser Frage [367]. Allein aus einer einzigen Sondernorm den Umkehr-

---

363 Schenke, Vorbehalt S. 568; die Grundrechte sind aber nicht nur als Abwehrelemente zu sehen, sondern auch als ergänzende Auslegung (und nicht ein Gegensatz) Teilhabeelemente, ohne die, wie oben bei 22. gezeigt, eine Freiheitssicherung nicht möglich ist.

364 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 175; Franz Mayer S. 190

365 Im Ergebnis ebenso z. B.: Achterberg S. 208; Arndt S. 1280; Friauf, Subventionswesen S. 737; Götz S. 288; Gröttrup S. 199 f; Hamann, Wirtschaftswerbung S. 1423; Hansen S. 348; Norbert Henke S. 607 ff; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 69 und 75 S. 240 und 243; Imboden, Das Gesetz S. 41 f; Jesch, Festschrift S. 115; derselbe, Gesetz und Verwaltung S. 175 und 205; Kisker, Vorbehalt S. 1315; derselbe, Zuständigkeiten S. 56; Lerche, Subventionen S. 1759; Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302; Obermayer, Der Plan S. 159 f; Rupp, Grundfragen S. 118 f; Spanner, Verwaltungsrecht S. 13; Starck, Gesetzesbegriff S. 285; BVerfG NJW 1981, 1311. - Gegenmeinungen z. B. bei: Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 231 Anm. 242; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung S. 208 und 215; BVerwG DÖV 1959, 706, 708; BVerwG NJW 1959, 1098. → Nachweise zu beiden Ansichten bei Gröpl S. 196 Anm. 3

366 Rottmann S. 288 mit weiteren Nachweisen

367 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 185

schluß auf das Prinzip zu ziehen, erscheint fragwürdig. Aus der Pflicht zum Haushaltsgesetz in Artikel 110 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz und einerseits die "Normenausnahme" des Artikels 111 Grundgesetz, nach der vor dem nicht rechtzeitigen Inkrafttreten des neuen Haushaltsgesetzes bestimmte Ausgaben geleistet werden dürfen, sowie andererseits nach Artikel 112 Grundgesetz als weitere Ausnahme, nach der nachweisbare über- und außerplanmäßige Ausgaben nur der Zustimmung des Finanzministers bedürfen, wird teilweise gefolgert, das Haushaltsgesetz treffe nicht nur "Feststellungen", sondern zugleich "Bewilligungen" der im Haushaltsplan ausgewiesenen Mittel, also eine Ermächtigung an die Verwaltung, diese Mittel für die im Haushaltsplan festgelegten Zwecke auszugeben (bzw. Verpflichtungen einzugehen - vergleiche § 3 Absatz 1 Haushaltsgrundsätzegesetz) [368]. Dem kann mit mindestens ebenso guten Gründen entgegnet werden, daß es sich bei Artikeln 110 folgende Grundgesetz nur um budgetrechtliche Normen handelt und nicht um das an systematisch anderer Stelle (Artikel 20 Grundgesetz) geregelte Vorbehaltsprinzip.

Es gibt Versuche, mit Hilfe des Artikels 80 Absatz 1 Grundgesetz das Haushaltsgesetz als ausreichende Ermächtigungsgrundlage anzusehen: Es würde weder der Wortlaut des Artikels 80 Absatz 1 Grundgesetz noch der Charakter des Haushaltsgesetzes als eines nur formellen Gesetzes, das alleine nur Rechtswirkungen zwischen Parlament und Exekutive entfalte, zwingend entgegenstehen, das Haushaltsgesetz als stillschweigend ermächtigendes Gesetz im Sinne von Artikel 80 Absatz 1 Grundgesetz zum Erlaß von Subventionsverordnungen aufzufassen [369]. Die Artikel 110 folgende Grundgesetz würden dieses Ermächtigungsverfahren in verfassungsrechtlicher Spezialisierung gegenüber Artikel 80 Grundgesetz sanktionieren [370]. - Bei dieser Ansicht fehlt es aber (bisher in der Praxis) an der Konsequenz, Subventionsverordnungen nicht als Verwaltungsrichtlinien, sondern als Rechtsverordnungen zu erlassen. Die eventuelle entsprechende Übertragung bzw. "Herabzonung" [371] auf die kommunale Ebene, bei der Artikel

---

368 BVerfGE 20,56,90
369 Selmer S. 495 mit weiteren Nachweisen
370 Hans Peter Ipsen, Verwaltung durch Subvention S. 826
371 Zur "Herabzonung" auf einen Satzungsvorbehalt vergleiche die Ausführungen bei Kapitel V 5.

80 Grundgesetz nicht anzuwenden ist, würde zu weiteren Problemen führen, weil prinzipiell nur die kommunalen (repräsentativen) Satzungsorgane Satzungsbefugnis besitzen, dagegen nicht die Verwaltungsleiter [372]. Die daraus hervorgehenden Regelungen können aber keine "echten" Rechtsverordnungen sein, denn einerseits ist das Haushaltsgesetz begrenzt auf ein [373] Jahr, bei dem die Mittelzuweisung über die tatsächliche Höhe der Ausgaben maßgeblich sein soll, während andererseits "echte" Rechtsverordnungen nicht die Folgen budgetrechtlicher Regelungen sind, sondern haushaltsrechtliche Folgen erst auslösen, die dann den Umfang der (vorläufig geschätzten) Ausgaben bestimmen [374]. "Echte" Rechtsverordnungen sind also dem Haushaltsgesetz mit seinem Haushaltsplan vorgeschaltet [375].

Auf gleicher Linie ist die Meinung angesiedelt, das Haushaltsgesetz sei auch ein materielles Gesetz mit einer Handlungsermächtigung an die Exekutive [376]. Sie trifft daher dieselbe Kritik sowie den Einwand, daß selbst nach haushaltsrechtlichen Bestimmungen (z. B. § 3 Absatz 2 Haushaltsgrundsätzegesetz) das Haushaltsgesetz nur Rechtswirkungen zwischen Parlament und Exekutive entfaltet.

Eine andere Konstruktion wertet die Artikel 109 folgende Grundgesetz als Spezialnormen gegenüber Artikel 80 Grundgesetz und sieht in den Subventionsrichtlinien eine neue und eigenständige Normkategorie, deren Erlaß nicht dem Artikel 80 Grundgesetz unterliege, und die ihre Legitimationsgrundlage in der pauschalen Sachmittelzuweisung des Haushaltsplans finde [377]. - Ist es wirklich notwendig, eine vorhandene

---

372 Von vergleichbaren Ausnahmen abgesehen, z. B. "Polizeiverordnungen" bis zu einer Geltungsdauer von einem Monat ohne Zustimmung der Satzungsorgane - vergleiche § 15 bad.-württ. PolG

373 Einerseits sind zwar zweijährige Haushaltsgesetze ebenfalls möglich, aber wegen der längeren Laufzeit und die damit verbundene schwierigere Einschätzung der voraussichtlichen Einnahmen und Ausgaben sind in der Praxis regelmäßig umfangreiche Nachtragssatzungen unumgänglich (weshalb zweijährige Haushaltsgesetze selten sind), andererseits müssen die beiden Haushaltsjahre getrennt werden - vergleiche § 9 HGrG

374 Hansen S. 327 f

375 Hansen S. 328

376 Reuss S. 279 mit weiteren Nachweisen

377 Hansen S. 328

Praxis durch die Erfindung einer völlig andersgearteten Normkategorie zu legalisieren, wenn eine Anpassung an die derzeitigen Normen möglich wäre? Wie steht es dann mit einer (bisher fehlenden) Publizitätspflicht der Subventionsrichtlinien (und der daraus resultierenden Folgen)? Wie lange besteht ein sozialer Rechtsstaat noch, wenn in weiteren wesentlichen Bereichen die Erfindung neuer Normenkategorien Schule macht und der heute so mächtigen Exekutive damit weitere Machtbefugnisse, die sie selbst legalisieren könnte, in die Hand gibt?

Auch mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz wird die Entbehrlichkeit einer materiellen Norm begründet [378]: Die vollziehende Gewalt sei bei der Durchführung des Haushaltsplans kein Vollzugsausschuß der gesetzgebenden Gewalt. Die Selbständigkeit und alleinige Verantwortung der Exekutive entspreche dem Verfassungsgrundsatz der Gewaltentrennung in Artikel 20 Absatz 2 Grundgesetz. Die Befugnisse der gesetzgebenden Organe beschränke sich auf die politische Haushaltsüberwachung. Einmischungen von Gesetzgebungsorganen in den Vollzug des Haushaltsplans seien verfassungswidrig, was wegen Artikel 79 Absatz 3 Grundgesetz noch nicht einmal durch verfassungsänderndes Gesetz geändert werden könne. Die Exekutive beim Vollzug des Haushaltsplans auch rechtlich noch dem Willen des Parlaments zu unterwerfen, hieße den natürlichen Hang der Demokratie zum Selbstmord noch verstärken. - Es ist zwar richtig, daß das Parlament weder durch einen Haushaltsvermerk im Haushaltsplan [379] noch durch Gesetz [380] (exekutive) Vollzugshandlungen von seiner Zustimmung abhängig machen kann, doch besteht, wie bereits mehrfach ausgeführt, eher ein Übergewicht der Exekutive durch ihr Initiativrecht im Parlament, ihre gute Organisation und ihren fachlichen Wissensvorsprung gegenüber dem Parlament. Diese gewaltenteilenden Erwägungen können daher keine Grundlage darstellen, das Haushaltsgesetz bereits als Ermächtigungsgrundlage für Leistungsgewährungen anzusehen.

---

378 Hettlage S. 11 f

379 Hettlage S. 11; Peters, Finanzverfassung S. 80

380 Vollzugsakte sind ausschließlich Handlungen der Exekutive; im Ergebnis ebenso Hettlage S. 11 f; a. A. Peters, Finanzverfassung S. 80

Die Grundrechtsbindung des Haushalts-Gesetzgebers kann kein Anlaß sein, bei der Subventionsverwaltung auf eine gesetzliche Regelung außerhalb des Haushaltsgesetzes zu verzichten [381], da auch in diesem Bereich das Vorrangprinzip ebenso gilt wie z. B. bei Einzelfallentscheidungen der Exekutive. Das Grundrechtsargument läßt sich aus Rechtsschutzgründen - insbesondere hinsichtlich Verteilung und Veröffentlichung - eher für eine materiell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Rahmen des Vorbehaltsprinzips anführen.

Praktische Erwägungen sehen Kritiker einer Vergesetzlichung und geben deshalb einer nur haushaltsrechtlichen Regelung den Vorzug: Das Parlament wolle zu bestimmten Zwecken nur ganz bestimmte Geldbeträge zur Verfügung stellen und an die Mittelgewährung im nächsten Haushaltsjahr nicht gebunden sein [382]. Aus diesem Grunde stünden nicht die Vergaberichtlinien und die Anzahl der Tatbestandsverwirklichungen im Vordergrund, sondern maßgeblich sei allein die Mittelzuweisung als solche für die tatsächliche Höhe der Ausgaben, was aber gegen eine materielle Vergesetzlichung spreche, weil sie die haushaltsrechtlichen Folgen erst auslöse und nicht umgekehrt [383]. - Die Notwendigkeit erneuter jährlicher Beratung und Bewilligung gewährleiste eine Überprüfung der Subventionen und damit die öffentliche Interessenabwägung, die Zufallsstreuungen nach dem Gießkannenprinzip oder dem Windhundverfahren vermeide; ihre Auswirkungen ließen sich eher übersehen [384]. - Rechtsansprüche im Bereich der Wirtschaftslenkung seien oft gar nicht erwünscht oder müßten zumindestens an der Begrenztheit der zur Verfügung stehenden Mittel scheitern [385]. Im Falle eines Konjunkturumschwungs und einer Wirtschaftskrise würde die öffentliche Hand durch die Ansprüche überfordert, und es könne somit im sozialen Rechtsstaat zu einer "Diktatur der leeren Kassen" kommen [386].

---

381 So aber wohl Hans Peter Ipsen, Subvention S. 303
382 Hansen S. 328; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 74 S. 242 zu den wirtschaftlichen Subventionen
383 Hansen S. 328
384 Karehnke S. 631
385 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 74 S. 242; Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302
386 Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302

- Die angesprochenen Probleme einer Zementierung und fehlenden Überschaubarkeit der Subventionen können aber durch angemessene, befristete Subventionsgesetze umgangen werden [387]. Auch erscheinen, wie bei oben 22. ausgeführt, unter sozialstaatlichen Aspekten Rechtsansprüche wünschenswert. So können die potentiellen Leistungsempfänger ihre Kalkulation nicht an einem bestimmten Gesamtbetrag orientieren, sondern sind auf Informationen über die Art der Verteilung angewiesen. Damit sind die subventionellen Lenkungsmaßnahmen regelmäßig erst dann effektiv, wenn der Tatbestand und die Verteilungsart bekannt gegeben werden, nicht dagegen in gleicher Weise mit der Bekanntgabe des Gesamtbetrages. Wer dagegen annimmt, für wirtschaftspolitisch gewichtige Subventionen seien spezielle Gesetze nicht erforderlich, weil sie das unentbehrliche Ermessen der Exekutive zu sehr bänden [388], unterschätzt die notwendigen und genauen Kalkulationen der betrieblichen Planungen ebenso wie die Bedeutung gewichtiger Lenkungsmaßnahmen, nämlich die letztlich entscheidende Verteilung, die nach demokratischen Grundsätzen (vergleiche oben bei 21.) eher dem Gesetzgeber als der Verwaltung zusteht.

In der Literatur wird zum Teil die Meinung vertreten, es genüge eine Zweckbindung im Haushaltsplan [389]. Der Haushaltsplan ermächtigt gemäß § 3 Absatz 1 Haushaltsgrundsätzegesetz die Verwaltung, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen [390]. Mit der Entscheidung des Gesetzgebers im Haushaltsplan sei den demokratischen Anforderungen Genüge getan [391]. Entscheiden würde nicht die Rechtssatzqualität, sondern allein die Mitwirkung und Billigung des Repräsentativorganes [392]. - Aber auch hier fehlt es an dem lenkenden und kalkulierbaren "Wie" der Verteilung durch den Gesetzgeber, weshalb der vorangehende Einwand hier ebenfalls durchschlagend

---

387 Götz S. 294; vergleiche auch die Ausführungen zu oben 3.
388 Hans Peter Ipsen bei Kriele S. 822
389 Wilhelm Henke, Subventionen S. 55; Ipsen, Subventionen S. 291 f; Mallmann S. 269 und 271 (os bei der Aussprache, anders dagegen auf S. 192 f); BVerfGE 20,56,90f
390 BVerfGE 20,56,91
391 Mallmann S. 269 und 271 (so bei der Aussprache, anders dagegen auf S. 192 f)
392 Wilhelm Henke, Subventionen S. 55

ist. Wer dem Haushaltsgesetz wegen des Ermächtigungscharakters an die Organe der Exekutive Lenkungsmittel und Verteilungsmaßstäbe zuschreibt [393], verwechselt einerseits Voraussetzung mit Folgewirkung und verkennt andererseits den Wert genauer Verteilungsmaßstäbe als Lenkungsmittel, denn der Haushaltsansatz alleine gibt niemandem einen kalkulierbaren Anspruch. Selbst umfangreiche parlamentarische Haushaltskontrollen können an den Einwendungen nichts ändern [394]. - Lösungsversuche, bei denen jede Form einer parlamentarischen Willensäußerung für das Vorbehaltsprinzip im Rahmen geldlicher Zuwendungen durch die Exekutive ausreichend ist [395], können nicht günstiger beurteilt werden, denn nur Beschlüsse des Gesetzgebers sind in der Lage, die Verwaltung zu binden und potentiellen Leistungsempfängern Ansprüche zu gewähren.

Die vorliegenden Einwendungen gegen eine bloße haushaltsrechtliche Lösung müssen zwangsläufig zu der Frage führen, ob es auch bei Leistungsgewährungen grundsätzlich Rechtsnormen geben muß, die Inhalt, Zweck und Ausmaß von Grundentscheidungen festlegen [396]; diese Untersuchung erfolgt beim nachfolgenden Titel. Trotz der erheblichen Meinungsunterschiede besteht Einigkeit, daß es für öffentliche Baumaßnahmen und Anschaffungen keines materiellen Gesetzes bedarf [397].

27. Überzeugen die Gründe, die auch im Bereich der Leistungsverwaltung neben dem Haushaltsgesetz eine materielle Ermächtigungsgrundlage fordern?

Das Haushaltsgesetz hatte bereits in der konstitutionellen Monarchie die Bedeutung einer Ermächtigung des Parlaments an die Verwaltung, die eingestellten Mittel ausgeben zu können,

---

393 So aber Böckenförde, Organisationsgewalt S. 114 Anm. 19
394 So aber BVerwGE 6,287 ohne nähere Begründung
395 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B. 156 f; BVerwGE 6,282, 287; BVerwG NJW 1958, 1153; BVerwG DOV 1964, 99 f
396 Anderer Ansicht neben den vorerwähnten Anmerkungen zu den budgetrechtlichen Lösungen sind z. B.: Wilhelm Henke, Subventionen S. 53; Hans Peter Ipsen, Subvention S. 421; Köttgen, Organisationsgewalt S. 174; Papier S. 100; BVerfGE 38,121,125; BVerwGE 18,352,353; vergleiche zur Praxis, insbesondere des 19. Jahrhunderts, Maunz, Finanzverfassung S. 38
397 Mallmann S. 188

wodurch insoweit die politische Kontrolle der Exekutive durch das Parlament weitgehend entfiel; für die ausgewiesene Verwendung der Steuergelder wurde die Exekutive nicht zur Verantwortung gezogen [398]. In der Mittelbereitstellung wurde nur eine "Autorisation" bzw. "Ermächtigung" der Regierung gesehen, nicht dagegen eine Verpflichtung gegenüber dem Parlament, die ebensowenig Rechte und Pflichten Dritter erzeugt [399]. Die Budgetbewilligung besaß damit ihre Wurzel im demokratischen Prinzip und nur in sehr geringem Maße im rechtsstaatlich-gewaltenteilenden Grundsatz [400]. Das Haushaltsgesetz, das weitgehend durch normative Rechte (Einnahmen) und Pflichten (Ausgaben) des Staates vorherbestimmt ist, stellt sich als Ergänzungsgesetz und Organisationsrecht dar, das die verfassungsmäßigen und politischen Positionen der Staatsorgane absteckt [401]. Das Haushaltsgesetz ist somit die Mittel-Bereitstellung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben [402]. Subventionsmittel im Haushaltsplan sollen dann eine Leistungsgrenze für die Betätigung der Verwaltung beinhalten [403]. Nachdem einerseits das Budgetrecht als Ergänzung eines früher nur begrenzten Vorbehaltsprinzips seine überragende Bedeutung zur Zügelung der Verwaltung verloren hat, und andererseits die heute erheblich erweiterten Rechtssetzungsaufgaben des Parlaments unter Zeitmangel, Arbeitsdruck und Detailunkenntnis leiden sowie vieles an die Exekutive delegiert wird, erscheint es notwendig, die Kontrollrechte des Parlaments zu stärken und Einfluß auf die Verwaltung zu gewinnen [404]. Eine Etatbereitstellung alleine kann diesen Ansprüchen nicht genügen [405].

So liegt die wesentliche Bedeutung der Subventionen als staatliche Lenkungsmittel und für den Bürger als potentiellen Nutznießer nicht im "Ob", also der Entscheidung über Gesamtbeträge und Zwecke, der Bereitstellung der Mittel, sondern im "Wie", also dem Maß und der Form der Verteilung staatlicher

---

398 Bellstedt S. 171
399 Stern, Subventionierung S. 522
400 Stern, Subventionierung S. 522
401 Stern, Subventionierung S. 522
402 Menger, Verwaltung S. 196
403 Stern, Subventionierung S. 522
404 Friesenhahn, Parlament und Regierung S. 39 f
405 Menger, Verwaltung S. 196

Leistungen [406]. Maßstab und Form der Verteilung sind aus den Summen der Haushaltstitel nicht zu erkennen, die deshalb den Schutzfunktionen des Vorbehalts bzw. der Bestimmtheitserfordernisse nicht genügen [407]. Allein die Angabe des Zwecks, wie z. B. "Rebbau", ist unzureichend [408]. Die Einzelpläne des Haushaltsplanes mit ihren Kapiteln und Titeln sind zwar öffentlich zugänglich, werden aber in den Gesetzesblättern nur mit den Schlußzahlen der Einzelpläne im Rahmen des Haushalts-Gesamtplanes verkündet (vergleiche z. B. §§ 1 und 13 Absatz 4 Bundeshaushaltsordnung oder §§ 1 und 13 Absatz 4 baden-württembergische Landeshaushaltsordnung) [409]. Wo aber Rechtsbeeinträchtigungen - unabhängig von der Handlungsform - möglich sind, müssen detaillierte Ermächtigungen neben der haushaltsrechtlichen Grundlage vorliegen [410]. Die Entscheidung über die Maßstäbe der Leistungsgewährung müssen schon aus sozialpolitischen Gründen dem Gesetzgeber überlassen bleiben, der angesichts beschränkter, dem Staat zur Verfügung stehender finanzieller Mittel eine Auswahl nach Interessen zu treffen hat und damit gleichzeitig Lenkungsaufgaben wahrnimmt, so daß dann im Rahmen der Verteilung des Titelansatzes, der häufig betragsmäßig kontingentiert ist, eine Gleichbehandlung erzielt werden kann [411]. Diese normativen Regelungen müssen grundsätzlich mindestens den Zweck der Leistungsgewährung, die Bedingung ihrer Vergabe, den Empfängerkreis, die Höhe der Leistungen, die Zuweisungen von Kom-

---

406 Bachof, Rechtsstaat S. 63; Bellstedt S. 170; Rupp, Verwaltungsakt und Vertragsakt S. 84; Stern, Subventionierung S. 523; Zacher, Subvention als Ordnungsaufgabe S. 827; derselbe, Verwaltung durch Subvention S. 395 und 400

407 Bachof, Rechtsstaat S. 63; Erichsen, Vorbehalt S. 95; Götz S. 296; Gröpl S. 195; Imboden, Subvention S. 425; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 186; Obermayer, Der Plan S. 160; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 219 Anm. 159; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713; Zuleeg S. 84

408 Imboden, Subvention S. 425

409 Obermayer, Der Plan S. 160 spricht gar (entgegen dem vorhandenen öffentlichen Zugang) von einer fehlenden Publizität der Kapitel und Titel der jeweiligen Einzelpläne. Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713, weist darauf hin, daß die Vergaberichtlinien nicht immer publik gemacht werden. Vergleiche auch Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 103 f mit weiteren Nachweisen und zu den Subventionen die Beschlüsse des 55. Deutschen Juristentages in Hamburg 1984 DVBl 1984, 1063

410 Bellstedt S. 170; Gröpl S. 195

411 Götz S. 296; Imboden, Subvention S. 425; Schaumann, Gleichheit und Gesetzmäßigkeit S. 726

petenzen an bestimmte Behörden und die Kontrolle der Verwendung beinhalten [412]. Das deutsche Subventionswesen wird dann seinen charakteristischen Ruf verlieren, es sei "diskretionär" [413].

Nicht nur in seiner oben erwähnten Funktion als Ergänzungs- und Organisationsgesetz, sondern auch in seiner Wirkungsweise stellt sich beim Haushaltsgesetz die Frage, ob es sich überhaupt um eine Norm im Sinne der Vorbehaltslehre handelt. In seinem rechtlichen Element will das Vorbehaltsprinzip primär den Schutz des Bürgers im Verhältnis zum Staat bezwecken, dagegen ist der Haushaltsplan bzw. das Haushaltsgesetz für die Individualssphäre des Bürgers irrelevant, weil es am Außenverhältnis mit eventuellen Rechten und Pflichten des einzelnen fehlt [414]. Das Haushaltsgesetz mit seinem Haushaltsplan, das zwar vollständig für die Öffentlichkeit zugänglich ist, aber nicht in allen Einzelheiten in vergleichbarer Weise wie die sonstigen Normen publiziert wird, ist ein Mittel, mit dem sich der Gesetzgeber an die Verwaltung wendet [415]; die Rechtsposition des Bürgers bleibt unberührt (vergleiche § 3 Absatz 2 Haushaltsgrundsätzegesetz: "Durch den Haushaltsplan werden Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben"). Dem Etatgesetz als Feststellungsgesetz gemäß Artikel 110 Absatz 2 Grundgesetz wird aus diesen Gründen zu Recht vorgehalten, es könne, um ein materielles Rechtsgesetz im Sinne des Artikels 19 Absatz 1 Grundgesetz zu sein, folgende Elemente nicht vorweisen: die normative Regelung des sozialen Verhaltens (Rechte und Pflichten), die Ausrichtung dieser Regelung an der Gerechtigkeit (Verteilungsprobleme), die Nennung des Grundrechts, welches beim Vollzug des Haushaltsplans eingeschränkt werde [416]. Aus dieser Sachlage ergibt sich die Folge, daß der Bürger weder im Wege einer inzidenten Normenkontrolle nach Artikel 100 Absatz 1 Grundgesetz noch im Wege einer Verfas-

---

412 Zuleeg S. 84

413 Henze S. 24 - "diskretionär" im Sinne von vertraulich bzw. verschwiegen

414 Erichsen, Vorbehalt S. 95; Gallwas, Faktische Beeinträchtigung S. 103; Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 615 f; Stern, Subventionierung S. 522; BVerfGE 38,121,125

415 Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 103 f mit weiteren Nachweisen; vergleiche auch Anmerkung 409

416 Bellstedt S. 170 f

sungsbeschwerde nach §§ 90 folgende Bundesverfassungsgerichtsgesetz das Haushaltsgesetz mittelbar oder unmittelbar angreifen kann[417], zumal das Haushaltsgesetz die Rechtsposition des Bürgers unberührt läßt[418]. Wenn aber das Haushaltsgesetz im Außenverhältnis versagt (vergleiche § 3 Absatz 2 Haushaltsgrundsätzegesetz), bedarf es einer (weiteren) Legitimation durch die parlamentarische Leitentscheidung in Form eines Gesetzes[419]. Den Anforderungen des Artikels 20 Grundgesetz (Vorbehaltsprinzip) genügt das Budgetgesetz demnach nicht[420].

Ohne Rechtsansprüche kann es - wie schon oben bei 22. erwähnt - für den betreffenden Bürger kein Gefühl der Sicherheit geben[421], denn das Haushaltsgesetz bzw. der Haushaltsplan läßt vielfach die Frage offen, wer unter welchen Voraussetzungen (Maßstab und Form der Verteilung - vergleiche Anmerkung 407) hoheitliche Leistungen empfangen darf[422]. Wie die Leistungen bzw. Geldmittel verteilt werden, enthalten oftmals Verwaltungsrichtlinien außerhalb des Haushaltsplanes[423]. Bei Empfängern anspruchsloser Subventionen kann ein unguter Beigeschmack des Gefühls der Abhängigkeit nicht genommen werden, das auch ihre wirtschaftliche und persönliche Freiheit begrenzt, und sei es nur darum, daß von ihnen ein politisches Wohlverhalten erwartet wird[424]. Die Folgen sind unverkennbare Lähmungen der wirtschaftlichen Aktivitäten und Initiativen des einzelnen[425]. Ein anderer Aspekt des Sicherheitsgefühls ist die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Ansprüchen. Ist jemandem Unrecht geschehen, so hat er bei Anrufung des Gerichts grundsätzlich nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn - wie oben bei 10. und 12. ausgeführt - seine Ansprüche genügend klar präzisiert sind[426]. Sollen z.

---

417 Rupp, Normenkontrolle S. 1099; derselbe, Verwaltungsvorschriften S. 616; BVerfGE 38,121,125
418 Norbert Henke S. 582; Rupp, Normenkontrolle S. 1099
419 Norbert Henke S. 583
420 Bellstedt S. 170; Menger, Verwaltung S. 196
421 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 74 S. 242
422 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713; vergleiche dazu auch die Ausführungen bei oben 11.
423 BVerfGE 38,121,125
424 Stern, Subventionierung S. 525
425 Stern, Subventionierung S. 525
426 Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302

B. im Subventionsbereich auf Grund eines bloßen Haushaltsansatzes "Wohltaten" verteilt werden, die auch ihrer Zweckbestimmung nach nicht näher bestimmt sind, dann ist jede Klage (unabhängig von § 3 Absatz 2 Haushaltsgrundsätzegesetz) von vornherein aussichtslos [427]. Die Gerichte werden somit bei klar bestimmten gesetzlichen Anspruchsgrundlagen auch in die Lage versetzt, die offengelegten Zielsetzungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen [428].

Zum Umfang notwendiger materieller Normierung neben dem Haushaltsgesetz werden bei einigen Autoren kleinere Ausgrenzungen vorgenommen oder angeregt: Eine Detaillierung könne durch die Exekutive erfolgen, soweit sie sich im Rahmen der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Aufteilungsmaßstäbe halte [429]. In solchen Fällen das Haushaltsgesetz als eine ausreichende Regelung anzusehen, erscheint nicht angebracht, weil es, wie vorstehend ausgeführt, keine Norm im Sinne der Vorbehaltslehre sein kann. Soweit dagegen die Detailregelungen im Einzelfall mit der nachfolgend zu erörternden Wesentlichkeitstheorie (als unwesentlich)begründet werden, steht dies auf einem anderen Blatt. Dieselbe Kritik muß sich auch diejenige Meinung [430] gefallen lassen, die unter Heranziehung des Haushaltsgesetzes in den Bereichen der einzelnen Subventionsarten und Subventionierungstypen differenzieren und ein abgestuftes Legalitätsprinzip einführen will. Unter der Wesentlichkeitstheorie wird sich die Differenzierung wohl nicht mehr begründen lassen, zumal die Schaffung ganzer Leistungssysteme nach seiner Bedeutung für den einzelnen und das Gemeinwesen keine Angelegenheit der Verwaltung sein kann [431]. - Wer in den Fällen eines besonderen Notstandes, etwa in Katastrophenfällen, den Haushaltsplan als ausreichende Regelung erachtet, weil der Staat in akuten Notfällen seine hoheitlichen Leistungen aus Gnade gewähre, die nicht mit wirtschaftlichen Lenkungsakten vergleichbar seien [432], verkennt einerseits ebenfalls die Bedeutung des Budgetrechts und andererseits, daß der Staat auch dort, wo er Leistungen ohne adäquate

---

427 Menger, Bestimmung der öffentlichen Verwaltung S. 302
428 Zuleeg S. 86 und 88
429 Götz S. 296
430 Stern, Verwaltung durch Subventionen S. 419
431 Vergleiche vorstehend 6.
432 Stern, Subventionierung S. 524

Gegenleistungen gewährt, immer lenkend-tätig werden will [433]. Welche Möglichkeiten es im Rahmen des Vorbehaltsprinzips bei akuten Notfällen gibt, rasch und unbürokratisch zu helfen, damit Schaden gemindert bzw. größerer Schaden verhindert wird, wurde bereits oben bei 5. erwähnt, z. B. Maßnahmen mit provisorischem Charakter (die nachträglich legalisiert werden müssen), Bagatelleistungen (die nach der noch zu erörternden Wesentlichkeitstheorie nicht mehr unter den Vorbehaltsbereich zu zählen sind) oder ein Nothilfegesetz (das die Voraussetzungen des staatlichen Handelns bestimmt) [434].

Es mag richtig sein, daß einige Gefahren bei einer bloßen budgetrechtlichen Lösung geringer einzuschätzen sind, - wie z. B. die Verfahren zu Dauersubventionen wegen zeitlicher Begrenzung des Haushaltsgesetzes (aber auch Subventionsgesetze sollten befristet werden); beim Gesetzesverfahren von Subventionen wollen noch mehr Gruppen begünstigt werden; die Verwaltung kann sich politischen Ansprüchen eher entziehen als die von den Wahlen abhängigen, gesetzgebenden Volksrepräsentanten, - dies muß aber hingenommen werden, um den vorerwähnten Ansprüchen des Vorbehaltsprinzips zu genügen [435]. Zu den erwähnten Vorteilen einer materiell-gesetzlichen Lösung ist insbesondere zu erwähnen, daß der Gesetzgeber gezwungen wird, die vorgesehenen Leistungen einzugrenzen und zu überdenken, welchem Zweck sie dienen und welche Personen in den Genuß der Leistungen kommen sollen; ein Füllhorn pauschaler Wohltaten soll es nicht mehr geben [436]. Neben der Exekutive mit ihrem Verwaltungsermessen ist nunmehr der Gesetzgeber aufgerufen, die Interessen der verschiedensten Gruppen bei der Leistungsvergabe zu berücksichtigen und abzuwägen [437]. Ein ungutes Gefühl - wie seinerseits beim Bonnefer Modell - wird es nicht mehr geben, weil es der Verwaltung verwehrt ist, bleibende Ordnungssysteme zu schaffen [438]. Der Gesetzgeber darf nicht untätig bleiben, denn dies würde

---

433 Im Ergebnis ebenso gegen diese Ansicht Zuleeg S. 86 Anmerkung 246
434 Vergleiche auch Zuleeg S. 86
435 Zuleeg S. 82 und 84
436 Zuleeg S. 85
437 Zuleeg S. 87
438 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 226; Zacher, Gesetzgeber und Verwaltung S. 237 f

die Verwaltung durch deren Initiativen in die Illegalität treiben und zwar selbst dann, falls das Parlament ihr durch das Haushaltsgesetz konkludent zustimmt oder sie gar ermuntert [439]. Die Exekutive darf nicht zur Legislative werden oder, was noch schlimmer ist, beides [440].

Trotz aller, zum Teil auch vordergründiger Kritik, überzeugen letztlich die Argumente, die im Bereich der Leistungsverwaltung neben dem Haushaltsgesetz eine materielle Ermächtigungsnorm für die Exekutive fordern [441]. Ohne Einfluß auf das Ergebnis bleibt die Unterscheidung zwischen Staatsverwaltung und Selbstverwaltung [442]. Einer bisher anders gehandhabten Praxis der Parlamente wird man dagegen nicht vorhalten können, sie habe bewußt gegen den verfassungsrechtlich verankerten Vorbehalt des Gesetzes verstoßen [443], zumal sich die herrschende Auffassung erst in den letzten Jahren entwickelt hat. Im übrigen erließ der Gesetzgeber bereits ohne diese Erkenntnis in weiten Teilen des Leistungsbereiches materielle Regelungen.

---

439 Ossenbühl, Praxis S. 30; derselbe, Verwaltungsvorschriften und GG S. 249

440 Ossenbühl, Praxis S. 30

441 Im Ergebnis ebenso neben den vorstehenden zustimmenden Anmerkungen z. B. Badura, Daseinsvorsorge S. 632; Erichsen, Vorbehalt S. 95 f; Götz S. 294; Norbert Henke S. 609 f; Mallmann S. 192, der aber auf S. 269 und 271 unter dem demokratischen Aspekt die etatrechtliche Lösung als ausreichend erachtet; Starck, Gesetzesbegriff S. 286 f;

442 So Obermayer, Der Plan S. 159 f, zur Mittelbereitstellung im Haushaltsplan; vergleiche auch nachfolgend Kapitel V 5. zum Satzungsvorbehalt als "Herabzonung" des Vorbehalts des Gesetzes

443 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 248

Kapitel V: Die Wesentlichkeitstheorie

1. Entscheidung für die Wesentlichkeitstheorie

Nach den bisher erörterten und gewünschten Anforderungen an die Vorbehaltslehre bietet sich die Wesentlichkeitstheorie geradewegs an: Der Gesetzgeber hat das Wesentliche des Gemeinwesens zu normieren, nämlich regelmäßig das Wesentliche zur Verwirklichung der Grundrechte zu tun [1]. Bereits zu Beginn der konstitutionellen Monarchie hatte die damals genannte "Wichtigkeitstheorie" als politischer, jedoch nicht als rechtlicher Begriff große Bedeutung, wenn es um die eingreifenden Gesetze beim Vorbehalt des Gesetzes ging [2]. Inzwischen ist die Wesentlichkeitstheorie trotz erheblicher Abgrenzungsschwierigkeiten zur herrschenden Meinung geworden. Ihre Anhänger verweisen zu Recht auf folgende Erwägungen: Die unmittelbar vom Volk gewählten Parlamente sind die vorrangigen Repräsentanten des Volkes und Inhaber der Staatsgewalt (Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz) [3]. Sie besitzen das Erstgeburtsrecht [4] bei der Entscheidung über die Zukunft des Volkes [5]. Die Lehre spricht die "Binsenwahrheit" aus, daß die wirklich wichtigen Dinge in einer parlamentarischen Demokratie Angelegenheiten der Parlamente sind [6]. Dem Parlament kommt ein wirksames Mitsprache- und Steuerungsrecht in Fragen der Staatspolitik zu [7]; und es fördert den Interessenausgleich vieler widerstrebender Gruppenziele [8]. Die Wesentlichkeitstheorie fordert das Parlament auf, sich auf die eigentlichen politischen Aufgaben zu besinnen,

---

1 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 938
2 Vergleiche Maurer S. 144 Anmerkung 18 und Rottmann S. 282 mit weiteren Nachweisen
3 Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 206; Kisker, Vorbehalt S. 1314; Rengeling, Vorbehalt S. 2218
4 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 225; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 240
5 Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 206
6 Oppermann, Diskussion S. M 115; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; BVerfGE 47,46,79
7 Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 206; Kisker, Zuständigkeiten S. 56
8 Niehues S. M 61

indem es die wesentlichen Entscheidungen des Gemeinwesens in der Form objektiver Rechtssätze zu treffen hat [9]. Nur wenn das objektive Recht derart auf eine Willensentschließung des Volkes zurückzuführen ist, kann ohne Zweifel davon gesprochen werden, daß die Staatsgewalt vom Volke (über das Parlament als repräsentativer Vertreter) ausgeht (Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz) [10]. Die Legitimationskette vom Volk zu seinen Staatsorganen ist so besonders deutlich erkennbar [11]. Das hinter dieser Regelung stehende verfassungsgeschichtliche Mißtrauen gegenüber der Exekutive wird mit einer solchen Kompetenzordnung und Funktionentrennung abgebaut und ein Stück Freiheit des Bürgers gewahrt [12]. Der einzelne erfährt durch seine unmittelbar gewählten und staatslenkenden Volksrepräsentanten eine stärkere Bürgernähe [13]. Im Parlament sind die Volksvertreter der einzige institutionalisierte Konfliktsregelungsmechanismus des Staates mit der Möglichkeit zur pluralistischen Aussprache [14], in der sie das Zusammenleben der Menschen im Staat vorrangig zu konkretisieren haben [15]. Es verwundert daher nicht, wenn dieser Umfang der Tätigkeit des Gesetzgebers als seine "vornehmste Aufgabe" bezeichnet wird, die er keinen anderen Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation überlassen darf [16].

Aus dem Versagen eines parlamentarischen Selbstauflösungsrechts und der Einführung eines konstruktiven Mißtrauensvotums wird sogar verfassungsrechtlich argumentiert, daß sich das Parlament nicht durch Flucht aus seiner Verantwortung entziehen könne, indem es die ihm übertragene Verantwortung auf andere Instanzen abwälze [17]. Andererseits darf sich das Parlament nicht in perfektionistischer Manier allzu häufig mit Einzelheiten und Geringfügigkeiten aufhalten,

---

9 Oppermann, Sexualerziehung S. 293
10 Häberle, Satzungsautonomie S. 911; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; BVerfGE 33,125,158; BVerwG DÖV 1975, 347, 348
11 Häberle, Satzungsautonomie S. 911
12 Kisker, Vorbehalt S. 1314; BVerfGE 33,125,158; BVerwG DÖV 1975, 347, 348
13 Oppermann, Sexualerziehung S. 293
14 Oppermann, Diskussion S. M 116
15 Zeidler, Bemerkungen S. 337
16 Häberle, Satzungsautonomie S. 911 Anmerkung 29; BVerfGE 33,125,158
17 Kiess S. 164 folgend mit weiteren Nachweisen

sondern hat seine Tätigkeit grundsätzlich auf das Wesentliche zu beschränken, um seiner Verantwortung und seiner Funktionsfähigkeit nachzukommen [18]. Je höher seine Arbeitsüberlastung ist, desto mehr wird es zum bloßen Akklamationsorgan der Exekutive [19], und es komme zu "parlamentslosen Parlamentsgesetzen" [20]. Mit einem Weniger an mengenmäßiger zu erledigender Arbeit gewinnt es ein Mehr an Gewicht [21]. Die "Unwewentlichkeiten" unterliegen aber weiterhin selbst dann der parlamentarischen Kontrolle, wenn die Legislative hierzu keine Regelung getroffen hat [22].

Geschätzt wird an der Theorie, daß sie nicht nur einer reinen quantitativen Betrachtungsweise unterliegt, sondern sich ebenso qualitativ grundrechtsorientiert ausrichtet [23]. Dabei werden vorrangig materielle und nicht formelle Kriterien zur Abwägung im Einzelfall benutzt [24].

Die vorstehenden Argumente sprechen letztlich eine deutliche Sprache, nach der das Parlament die wesentlichen Regelungen des Gemeinwesens bzw. des Gemeinwohls selbst zu treffen hat. Die Lehre am Knotenpunkt eines demokratischen, freiheitlichen Staatswesens fördert besonders das gesellschaftliche Wunschdenken, daß die Menschen nicht für die Gesetze da sind, sondern die Gesetze für die Menschen, um ein geordnetes [25] Zusammenleben in Selbstbestimmung zu verwirklichen, das mithilft, die Lebensqualität eines jeden einzelnen zu erhöhen. Von der Kritik wurde dagegen die Lehre neben den noch zu erörternden Problemen der Wesentlichkeitskriterien nicht verschont: Die Lehre habe sich noch nicht von dem Eingriffsdenken der bürgerlich-liberalen Staatsauffassung des 19. Jahrhunderts lösen können [26]. Bei dieser Ansicht ist richtig, daß

---

18 Geitmann S. 134; Kisker, Vorbehalt S. 1317; Rengeling, Vorbehalt S. 2221; Starck, Gesetzesbegriff S. 276; BVerwG DÖV 1975, 349, 350
19 Geitmann S. 134
20 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30
21 Geitmann S. 134
22 Kisker, Zuständigkeiten S. 56
23 Oppermann, Grundsätze S. C 60
24 Oppermann, Grundsätze S. C 53
25 Denn ohne Ordnung kann es keine Freiheit und Entfaltung einer jeden Rechtspersönlichkeit geben (vergleiche die Ausführungen bei Kapitel III 2.)
26 Roellecke S. 1778

sich selbst die Erweiterung des Vorbehalts auf die Leistungsverwaltung, wie im vorstehenden Kapitel aufgezeigt, vom grundrechts- bzw. freiheitsschützenden Eingriffsdenken prägen ließ. Aus der geschichtlichen Entwicklung des deutschrechtlichen Vorbehaltsinstituts ist aber ein solches rechtsstaatliches neben dem nunmehr beeinflußten demokratischen Denken unverzichtbar. Ohne den freiheitsschützenden Individualcharakter ist der Vorbehalt des Gesetzes heute überhaupt nicht denkbar. - Eine weitere Beanstandung gipfelt in dem Vorwurf, die Wesentlichkeitstheorie setze nur Dezision an die Stelle argumentativer Vermittlung, mit der die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit die Entscheidungsbefugnis auf den Gesetzgeber abschiebe [27]. Jede Abwägung enthält zwar unvermeidlich eine Dezision, eine argumentative Vermittlung findet dagegen einerseits durch die im Parlament vertretenen Interessengruppen und andererseits durch rechtsstaatliche Anforderungen, denen auch der Gesetzgeber unterliegt, statt.

Die Form der Parlamentsentscheidung erfolgt durch einen Gesetzesbeschluß als die rechtlich stärkste Art der Äußerung des Staatswillens [28]. Der in Form des Gesetzes geäußerte Staatswille geht rechtlich jeder anderen staatlichen Willensäußerung vor ("Vorrang des Gesetzes") [29].

Für den Begriff "wesentlich" [30] wird noch eine Vielzahl weiterer Ausdrücke (ausschließlich oder zusätzlich) benutzt, denen regelmäßig dieselbe Bedeutung zukommt: grundlegend [31],

---

27 Roellecke S. 1779
28 Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 68
29 Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 68
30 Wesentlich z. B. bei Geitmann S. 131 ff; Häberle, Berufsgerichte S. 374; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 85 S. 247; Kiess S. 164; Kisker, Vorbehalt S. 1317; Münch § 3 II 2 S. 53; Niehues S. M 43 und M 61; Oppermann, Grundsätze S. C 49 ff (insbesondere Anmerkung 104); derselbe, Diskussion S. M 84 und M 115 f; derselbe, Sexualerziehung S. 293; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714 f; Roellecke S. 1777 ff; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 938; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 469; BVerfGE 33,303 Leitsatz 4; 47,46,79; 49,89,126; BVerfG NJW 1977, 1723, 1724; BVerfG NJW 1978, 807, 810; BVerfG NJW 1979, 359 Leitsatz 2; BVerfG NJW 1981, 1311; BVerwGE 47, 201,203; BVerwG DÖV 1975, 347 f; BVerwG DÖV 1975, 349; BVerwG JuS 1975, 598; VGH Kassel NJW 1976, 1856
31 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d S. 431 f; Norbert

Grundentscheidung [32], Grundsatzentscheidung [33], Grundsätze [34], grundsätzlich [35], Grundzüge [36], entscheidende Grundlagen [37], wichtig [38] sowie deren Abstufungen in wichtig, wirklich wichtig und aktuell wichtig [39] - bedeutsam [40], beträchtliche Bedeutung [41], allgemeine Bedeutung [42], politische Bedeutung [43], allgemeinverbindlich [44], weitreichend [45], die Groblernziele im Bereich des Schulrechts [46]. Nur vereinzelt wird die Begriffsvielfalt beanstandet, weil sie zwar in ähnliche Richtung weise, aber doch stärker gewisse rechtsförmige Vorstellungen betonen würde, auf die es letztlich primär nicht ankomme [47]. Solange alle genannten Begriffe in dieselbe Richtung weisen und eine genaue Definition nicht gegeben werden kann, sind die unterschiedlichen Bezeichnungen unschädlich.

Henke S. 611 ff; Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 206; Listl S. 13; Münch § 3 II 2 S. 52; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 296; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714; BVerfG NJW 1979, 359 Leitsatz 2; BVerwGE 47,201 Leitsatz 1; BVerwG DÖV 1975, 349 f Leitsatz 1

32 Norbert Henke S. 610

33 Listl S. 15; BVerfG NJW 1979, 359 Leitsatz 2

34 Mallmann S. 192; Oppermann, Grundsätze S. C 60

35 Ossenbühl, Praxis S. 31; Pfeifer S. 259; Schenke, Vorbehalt S. 555 f Anmerkung 10 a; BVerfGE 40,237,249

36 Niehues S. M 43

37 BVerfG NJW 1981, 1311

38 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 225; Kisker, Vorbehalt S. 1314; Listl S. 15; Oppermann, Grundsätze S. C 54; derselbe, Diskussion S. M 115; Ossenbühl, Praxis S. 31; derselbe, Verwaltungsvorschriften und GG S. 240 und 270; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 456 und 477; derselbe, Gesetzesbegriff S. 276 und 285; BVerfGE 47,46,79

39 Vergleiche Pieske S. 675

40 Krebs, Vorbehalt und GG S. 104; Ossenbühl, Praxis S. 31; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714

41 Kisker, Zuständigkeiten S. 56

42 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 225; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 240, 249 und 269

43 Starck, Gesetzesbegriff S. 276

44 Ossenbühl, Praxis S. 31

45 Ossenbühl, Praxis S. 31; BVerfG NJW 1979, 359 Leitsatz 2

46 Gegensatz Fernlernziele - vergleiche Oppermann, Sexualerziehung S. 292

47 So Oppermann, Grundsätze S. C 53, der sich aber gegen "grundlegend" ebenso ausspricht wie gegen "allgemein", das für ihn einen zu starken Anklang an Art. 19 Abs. 1 GG besitzt.

2. Die Verfassungsprinzipien als Grundlagen der Wesentlichkeitstheorie und somit des Vorbehaltsprinzips

Überwiegend wird nur auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verwiesen [48], dagegen selten auch auf das Sozialstaatsprinzip [49]. Das Sozialstaatsprinzip hat - wie schon erwähnt - seinen Einfluß bei der Grundrechtsverwirklichung, insbesondere berücksichtigt es Belange des Schwächeren bei den Gemeinschaftskompromissen [50]. Eine weitere Kategorie der "Grundrechtsrelevanz" zu bilden [51], erübrigt sich, zumal der Vorbehalt gerade die Ausgestaltung der Grundrechte betrifft. Die dazu genannten Verfassungsgrundsätze gelten nach Artikel 28 Absatz 1 Satz 1 GG über die verfassungsmäßige Ordnung auch im Rahmen des Vorbehaltsprinzips in den Ländern, nach denen der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen im "grundrechtsrelevanten Bereich" selbst zu treffen hat und nicht dem Ermessen der Verwaltung überlassen darf [52]. Die Vielfalt der verfassungstheoretischen Problemstellungen erfordert eine Bestandsaufnahme, damit der Frage nach der Leistungsfähigkeit der Wesentlichkeitstheorie sachbezogen und mit dem Blick auf die vielfältigen Problemstellungen des Vorbehaltsprinzips nachgegangen werden kann.

a) Der rechtsstaatliche Einfluß

Einigen Elementen des Rechtsstaatsgrundsatzes wird heute nicht mehr so viel Gewicht beim Vorbehaltsprinzip zugespro-

---

48 Erichsen, Vorbehalt S. 102; Geitmann S. 131 und 134; Kisker, Vorbehalt S. 1314 ff; Friedrich Klein S. 116; Münch § 3 II 2 S. 52; Niehues S. M 43; Oppermann, Grundsätze S. C 53; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 269; Rengeling, Vorbehalt S. 2218 und 2221; Simon S. M 108; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 456; Hermann Weber, Urteilsanmerkung S. 599; BVerfGE 33,125,158; 47,46,79; BVerfG NJW 1978, 807, 810; BVerwGE 47,194,200; 47,201ff; BVerwG DÖV 1975, 347 f; BVerwG DÖV 1975, 349; BVerwG JuS 1975, 598; VGH Kassel NJW 1976, 1856

49 Niehues S. M 45

50 Niehues S. M 45

51 So Simon S. M 108

52 Erichsen, Vorbehalt S. 96; Niehues S. M 43; Hermann Weber, Urteilsanmerkung S. 599; BVerfGE 33,125,158f und 163; BVerwGE 47,201,203; BVerwG DÖV 1975, 347 f. Der Ausdruck "grundrechtsrelevanter Bereich" wird hier (nicht so in der angeführten Literatur) in Anführungszeichen gesetzt, weil der Begriff im täglichen Leben einen fast allumfassenden Charakter aufweist.

chen wie zu Zeiten der herrschenden klassischen Eingriffstheorie. So hat der Gewaltenteilungsgrundsatz mit der dazu gehörenden Kompetenzordnung und Funktionentrennung an Bedeutung verloren, weil die Frontstellung nicht mehr zwischen Regierung und Parlament verläuft, sondern zwischen Regierungsparteien und Regierungsfraktionen einerseits und Oppositionsparteien und Oppositionsfraktionen andererseits [53]. - Umstritten ist nunmehr, ob im Vorbehaltsgrundsatz ein für den Bürger kalkulierbares Verwaltungshandeln enthalten ist, das ihm Rechtssicherheit zu geben hat. Keine Meinungsunterschiede gibt es dabei insofern, daß es für den Bürger Rechtsnormen mit Außenwirkung geben muß, auf die er sich berufen kann, und der Vorbehalt dem Schutz der Grundrechte dient [54]. Wer das Rechtsstaatselement betont, fordert, daß hoheitliche Maßnahmen den einzelnen nur betreffen können, wenn dazu ein Gesetz ermächtigt, das Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt, so daß die hoheitlichen Maßnahmen meßbar und in gewissem Umfange für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden [55]. Dagegen besteht die Ansicht, daß eine von der Exekutive ohne Ermächtigung des Parlaments gesetzte, inhaltlich bestimmte Norm nicht mehr und nicht weniger Rechtssicherheit für den Bürger (im Sinne von Kalkulierbarkeit) bringe als ein inhaltsgleiches Parlamentsgesetz [56]. Theoretisch sei auch eine parlamentslose "Diktatur" sehr wohl in der Lage, Rechtssicherheit für den Bürger im Sinne von Kalkulierbarkeit zu verbürgen [57]. Letztlich bietet aber das Parlamentsgesetz eine Beratung in einem besonderen förmlichen Verfahren, das einen größeren Rechtswert verkörpert als eine Rechtsverordnung [58]. Ein Schutz des Bürgers vor staatlicher Willkür ist in einem solchen Verfahren eher gegeben [59].

---

53 Kisker, Zuständigkeiten S. 57, der den Gewaltenteilungsgrundsatz scheinbar außerhalb vom Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ansiedelt.
54 Kisker, Zuständigkeiten S. 59
55 Starck, Autonomie und Grundrechte S. 456; BVerfGE 9,137, 147; BVerwGE 2,114,116f
56 Kisker, Zuständigkeiten S. 58
57 Kisker, Zuständigkeiten S. 58
58 Starck, Autonomie und Grundrechte S. 456; möglicherweise rechnen Kritiker des Rechtsstaatsprinzips dieses Argument zu einem gewissen Grad dem Demokratieprinzip zu bzw. glauben, ein besonderes Verwaltungsverfahren begründen zu müssen.
59 BVerwGE 2,114,116f

b) Der demokratische Einfluß

Von den vielen, bereits erwähnten Elementen des Demokratiegrundsatzes im Rahmen des Vorbehaltsprinzips seien nochmals einige genannt: Das demokratische Prinzip gebietet, daß die Ordnung wichtiger Lebensbereiche zumindest in ihren Grundzügen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst verantwortet und in einem öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen gestaltet wird [60]. Es muß sich also jede Ordnung eines Lebensbereichs, die grundsätzliche Fragen des Bürgers berührt, durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volk bestellten, repräsentativen Gesetzgebungsorgane zurückführen lassen [61]. Dies bedeutet aber nicht, daß z. B. die Bundesregierung als Teil der Exekutive nur auf politisch weniger bedeutsamer Akte beschränkt ist (vergleiche die Aktivitäten der Bundesregierung zu Maßnahmen nach Artikel 24 Absatz 1 und Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz) [62]. Diese Willensbildungen der Legislative binden die öffentliche Gewalt in allen ihren Äußerungen durch klare Kompetenzordnung und Funktionentrennung [63]. Aus all diesem wird der Gedanke der "Legitimationskette" vom Volk, repräsentiert durch das Parlament, zu den Staatsorganen bzw. die Staatsgewalt des Volkes nach Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz besonders deutlich [64].

In dem parlamentarischen Verfahren findet sowohl ein integrierender Interessenausgleich widerstreitender Gruppen als auch ein Ausgleich von Gemeinschafts- zu Individualinteressen statt [65], wobei sicherzustellen ist, daß bei wichtigen politischen Fragen eine Diskussion erzwungen werden kann [66]. Gefördert wird solches durch ein hohes Maß an Öffentlichkeit,

---

60 Simon S. M 109; BVerfGE 41,251,260
61 Erichsen, Vorbehalt S. 96; Häberle, Satzungsautonomie S. 911; Niehues S. M 43; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; BVerfGE 40,237,249; BVerwG DÖV 1975, 347, 348
62 BVerfGE 68,1ff = NJW 1985, 603 ff ("Raketenurteil"), ausführlicher dazu nachfolgend bei 17.
63 VGH Kassel NJW 1976, 1856
64 Häberle, Satzungsautonomie S. 911; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; BVerfGE 40,237,249
65 Niehues S. M 45
66 Kisker, Zuständigkeiten S. 58

das die gegensätzlichen Interessen bei der Entscheidungssuche zur Geltung bringt [67]. Damit wird weitgehend verhindert, daß der Bürger Entscheidungen der Verwaltung gegenübersteht, deren tieferen Sinn und Zweck er nicht versteht [68].

Eine besondere Stellung im demokratischen Vorbehaltselement kommt der politischen Leitungs- und Lenkungskompetenz des Parlaments zu [69], bei dem das Gesetz das rechtsverbindliche Mittel darstellt [70]. Der Vorbehalt wird somit zur Garantie, daß das Parlament seine Führungs- und Lenkungsrolle und damit seine parlamentarische Verantwortung nicht aus der Hand gibt [71]. Es muß sozialpolitisch wichtige Bereiche selbst regeln [72] und darf dies nicht der Exekutive oder - durch das vielseitige Anrufen der Gerichte - auch nicht der Justiz überlassen. Gerade heute besteht mehr denn je die Gefahr, daß der Rechtsstaat zum Richterstaat wird, insbesondere wenn einflußreiche Verbände oder gar Parlamentsfraktionen Verfassungsklagen anstrengen, um "objektiv klingende Ratschläge" von Verfassungsgerichten zu erhalten, die dann anschließend unter dem politischen und "moralischen" Zwang eines "Richterstaates" in Gesetzesform umgewandelt werden sollen. - Das Grundgesetz selbst nennt einige schicksalhafte Fälle des demokratischen Vorbehalts, so den Abschluß völkerrechtlicher Verträge in Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz, die Feststellung des Verteidigungsfalles in Artikel 115 a Absatz 1 Grundgesetz und der Friedensschluß in Artikel 115 l Absatz 3 Grundgesetz [73]. Das Parlament ist aber nicht nur bei der Gesetzgebung einzuschalten, sondern bereits bei den zentralen Planungen [74].

---

67 Niehues S. M 61; BVerfGE 40,237,249; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
68 Kisker, Zuständigkeiten S. 58
69 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 225 f; Kisker (1978) Zuständigkeiten S. 55 und 59, dagegen kritisch (1977) in Vorbehalt S. 1318; Listl S. 14; Niehues S. M 43 und M 45; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 240; Pietzner S. 342; Rengeling, Vorbehalt S. 2218; Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30; Soell S. 245; BVerfGE 34,52,59; OVG Münster DVBl 1978, 62, 63 f
70 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30; Soell S. 245
71 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 225 f; Kiess S. 165; Pietzner S. 342
72 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 226
73 Listl S. 14
74 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 227

Mit verschiedenen Argumenten ist aber das alleinige Recht des Parlaments an der politischen Leitungs- und Lenkungsentscheidung angegriffen worden: Die Gewaltenteilungsregelung des Artikels 20 Absatz 2 Grundgesetz verbiete es, die politische Führungsrolle des Parlaments absolut zu setzen [75]. Das Parlament besitze nach dem Grundgesetz die Herrschaft über den politischen Bereich, einschließlich der Führung der Innenpolitik, eine vollständige Unterordnung der Exekutive komme wegen der gewaltenteilenden Selbständigkeit nicht in Betracht [76]. Auch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung seien nach Artikel 20 Absatz 2 Grundgesetz demokratisch legitimiert [77]. Die Verfassung überlasse ebenfalls der Exekutive - ohne Mitwirkung des Parlaments - Entscheidungen von politischem Gewicht, wie die Auswahl der Bundesminister in Artikel 64 Grundgesetz [78]. Der Mangel verläßlicher Abgrenzungskriterien der Entscheidungen von "politischem Gewicht" führe zu einer beängstigenden Rechtsunsicherheit [79].

Bereits im vorangehenden Kapitel IV 8. und 9. wurden die kritischen Stimmen zum Gewaltenteilungsprinzip erörtert: Aus dem Artikel 20 Absätze 2 und 3 Grundgesetz lassen sich sowohl zustimmende wie ablehnende Meinungen begründen, wie z. B. Artikel 20 Grundgesetz konstituiere die Selbständigkeit der Exekutive (nicht), weshalb das Prinzip kein tragfähiges Argument sein kann. Außerdem verbleiben der Verwaltung noch weite Bereiche selbständigen Handelns, insbesondere der Konkretisierung ermächtigender Normen und Planungen. Zusätzlich initiiert und gestaltet sie durch ihren Informationsvorsprung und ihr Fachwissen die Beschlüsse der Legislative mit und besitzt gegenüber der Legislative die bessere Organi-

---

75 Erichsen, Vorbehalt S. 101; Werner Thieme, Vorbehalt S. 82

76 Werner Thieme, Vorbehalt S. 82

77 Vergleiche Kapitel IV 20. sowie Erichsen, Vorbehalt S. 101 Anmerkung 50

78 Kisker (1977), Vorbehalt S. 1318, der eine vorsichtige Ausdehnung des Vorbehaltsprinzips im Wege der Analogie (etwa zu Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz) oder mit Rücksicht auf die besondere Schutzwürdigkeit der Rechtsgüter anstrebt. In (1978) Zuständigkeiten liefert er dagegen selbst Argumente für eine absolute Führungsrolle des Parlaments - vergleiche Anmerkungen 69, 84, 86, 91 und 96

79 Kisker, Vorbehalt S. 1318; zu den Problemen der Abgrenzungsschwierigkeiten vergleiche nachfolgende Ausführungen bei 3.

sation. - Ebenfalls zu bedenken ist, daß gerade im demokratischen Element die Volkssouveränität des Artikels 20 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz zum Ausdruck kommt [80]. Ausgeübt wird sie unter anderem durch die Kontrollrechte des Parlaments, das schon seit längerem unter Zeitmangel, Arbeitsdruck und Detailunkenntnis leidet [81]. Es ist daher, wie schon mehrfach erwähnt, notwendig, den Einfluß des Parlaments gegenüber der Exekutive zu stärken [82]. Verfechter eines zu engen Gewaltenteilungsgrundsatzes wollen dies nicht eingestehen [83]. Die Herrschaftsintensität der Verwaltung gegenüber dem einzelnen wird damit erheblich gemindert [84].

Die Feststellung, daß auch die anderen Gewalten demokratisch legitimiert seien, ist zutreffend. Wie anders könnte es sonst eine Herrschaft des Volkes oder einen homogen funktionierenden Staatsapparat geben, wenn bestimmte Teile nicht dieselbe Struktur aufweisen? Andererseits ist auch die unmittelbare Wahl des Parlaments als "bessere demokratische Legitimation" kein ausschlaggebendes Argument für die alleinige Leit- und Lenkungskompetenz [85], zumal unter anderem die Exekutive, wie bereits oben in Kapitel IV 20. erörtert, regelmäßig auf die größere Sachkenntnis verweisen kann und von Modeströmungen etwas weniger beeindruckt bleibt.

Das alleinige Personalentscheidungsrecht und die Pflicht des Regierungschefs, seine Minister vorzuschlagen, kann letztlich kein Hinweis auf die Durchbrechung der Leitungs- und Lenkungsentscheidung des Parlaments sein. So bleibt es einerseits fragwürdig, ob es sich bei dem Vorschlagsrecht bereits um eine wesentliche Entscheidung handelt (soweit es sich auf keine skandalumwitterte Person bezieht), zumal den (späteren) Ministern selbst, von Ausnahmen wie etwa haushaltsrechtliche Veto-Entscheidungen des Finanzministers abgesehen, regelmäßig keine politisch bedeutsamen Entscheidungen zustehen. Andererseits ist die Entscheidungsbefugnis

---

80 Listl S. 14
81 Friesenhahn, Parlament und Regierung S. 39
82 Friesenhahn, Parlament und Regierung S. 39 f
83 Friesenhahn, Parlament und Regierung S. 40
84 Kisker, Zuständigkeiten S. 56 f
85 So aber z. B. Listl S. 14; kritisch dazu z. B. Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 183 und Öhlinger S. 237

und Verantwortung des Regierungschefs gering (bzw. unwesentlich), wenn er nicht Personen seines Vertrauens auswählen kann, die seine Politik repräsentieren, sondern die von dem Parlament oder von einem anderen Staatsorgan mit Entscheidungsbefugnis bestätigt oder ernannt werden.

Das Fehlen griffiger und leicht zu handhabender Abgrenzungskriterien wurde in der Rechtswissenschaft nicht nur bei dem Vorbehalt des Gesetzes bemängelt. Es ist auch der Grund für das Ausbleiben einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Regelung. Im Laufe der Zeit hat sich die Praxis bei solchen Fällen mit Gruppenbeispielen beholfen. Der Vorwurf einer "beängstigenden Rechtsunsicherheit" ist in der Übergangszeit für Grenzfälle zutreffend; im übrigen waren bisher die Parlamente nicht untätig, Normen zu erlassen. All diese Schwierigkeiten können nicht davon abhalten, beim Knotenpunkt unserer Rechtsnormen eine verfassunggerechte Lösung zu verwirklichen.

Für das alleinige Grundentscheidungsrecht der Legislative werden insbesondere zu Recht folgende Überlegungen angeführt: Über die öffentlichen parlamentarischen Debatten soll das Volk die Chance haben, auf die Grundentscheidungen rechtzeitig einzuwirken [86] und seine Repräsentanten kontrollieren zu können. Das öffentliche Verfahren ermöglicht eine bessere Entscheidungssuche und einen besseren Ausgleich zwischen den im Parlament vorhandenen Interessengruppen [87] und somit eine Integration in der Bevölkerung. Es wird hierbei nicht nur ein Ausgleich zwischen den Gemeinschaftsinteressen, sondern auch zwischen und zu den Individualinteressen geboten [88]. Ein Ausfluß der demokratischen Führungsrolle des Parlaments ist die Regelung des Artikels 80 Absatz 1 Grundgesetz [89]:

---

86 Kisker, Zuständigkeiten S. 59
87 Fuß, Kontaktverhältnisse S. 768; Listl S. 14; BVerfGE 40, 237, 249
88 Niehues S. M 45
89 Hansen S. 91 und 93 f; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 85 S. 247; Ossenbühl, Praxis S. 31 f; Pietzner S. 342; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 456

c) Der demokratische Einfluß bei Artikel 80 Absatz 1 Grundgesetz

Das demokratische Prinzip in Artikel 80 Absatz 1 Grundgesetz will, daß das Parlament die Grundzüge des staatlichen Gemeinwesens allein nach Sinn, Zweck und Wesen bestimmt, während Detailregelungen auch der Exekutive übertragen werden können [90]. Artikel 80 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz enthält mit dem "Inhalt, Zweck und Ausmaß" einen Bestimmtheitsgrundsatz, nach dem Globalermächtigungen an die Verwaltung nicht gestattet sind [91]. Mit solchen Ermächtigungen kann die Legislative Arbeitsüberlastungen abbauen und sich gleichzeitig ihren eigentlichen Aufgaben widmen [92], ohne sich der Verantwortung zu entziehen, die alleinige Leitungs- und Lenkungsfunktion im Staate als Volksrepräsentant (vergleiche Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz) zu übernehmen und damit ihre Gesetzgebungsfunktion zu erfüllen [93]. Artikel 80 Grundgesetz zwingt den Gesetzgeber bei der Abgabe von Regelungsbefugnissen an die Verwaltung zur Selbstprüfung und Selbstbeschränkung seiner Funktionen [94]. Die Verwaltung darf nicht an die Stelle des Parlaments treten [95]. Eine relativ großzügige Auslegung des Artikels 80 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz drückt schon lange das aus, was die Wesentlichkeitstheorie will, nämlich daß der Gesetzgeber allein die wirklich wichtigen Entscheidungen zu treffen hat, womit die Aufgaben des Legislativorganes nicht überspannt werden [96]. Nur auf diese Weise kann der demokratische Zweck des Vorbehaltsprinzips und des Bestimmtheitserfordernisses (einschließlich des Artikels 80 Grundgesetz) erfüllt werden [97].

---

90 Fuß, Verwaltung und Schule S. 217; Geitmann S. 134; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 456
91 Kisker, Zuständigkeiten S. 55
92 Geitmann S. 134; Starck, Gesetzesbegriff S. 292
93 Hamann, Satzung S. 79; Hansen S. 91; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 85 S. 247; Pietzner S. 342; Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 816
94 Ossenbühl, Praxis S. 32
95 Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 816
96 Vergleiche neben den vorstehenden Ausführungen Geitmann S. 134; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 85 S. 247; Kisker, Zuständigkeiten S. 55; Ossenbühl, Praxis S. 32; Starck, Gesetzesbegriff S. 292
97 Geitmann S. 134

d) Schlußanmerkung

Unerörtert bleibt die unergiebige, schwierige und ungebräuchliche Aufspaltung des Begriffes in einen rechtsstaatlichen Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und einen demokratischen Vorbehalt des Gesetzes [98]. - Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes soll letztlich bezwecken, daß der Gesetzgeber primär und vorrangig berufen ist, die Rechtsideen für das Zusammenleben im Staate zu konkretisieren [99]. Dieser Aufgabe und Verantwortung darf er sich weder im Verhältnis zur Rechtssprechung noch zur Verwaltung entziehen.

Obwohl der Rechtsstaatsgrundsatz bei der Ableitung des Vorbehaltsprinzips, insbesondere mit der Herrschaft des Rechts, Verbürgung von Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit des Rechts, immer mehr zurücktritt, und das demokratische Element stärker zur Erscheinung kommt, kann dennoch nicht gesagt werden, welches von den beiden Elementen überwiegt [100], zumal vielfach Meinungsverschiedenheit besteht, ob bestimmte Argumente dem Rechtsstaats- oder dem Demokratieprinzip zu zuordnen sind [101], oder ob eventuell die rechtsstaatlichen, speziellen Gesetzesvorbehalte im Grundrechtsteil als Instrument des Individualrechtsschutzes aus dem allgemeinen Vorbehaltsprinzip vollständig herauszunehmen sind [102].

3. "Wesentlich" - "unwesentlich", die Begriffsbestimmung als Abgrenzungsproblem

Mit der Bezeichnung des Begriffes "wesentlich" beginnt ein weiteres Problem dieser Theorie, nämlich was als wesentlich definiert werden kann [103]. Dieses verfassungsrechtliche Problem stellt sich in allen hoheitlichen Bereichen [104] und zwar selbst im Schulrecht, wo die Rechtsprechung und die Lehre bei Einzel- und Gruppenfallentscheidungen am weitesten

---

98 So aber Hansen S. 93 ff; vergleiche dazu auch die Ausführungen des letzten Absatzes zu Kapitel II 3.
99 Zeidler, Bemerkungen S. 337
100 Rengeling, Vorbehalt S. 2218
101 Erichsen, Vorbehalt S. 100; Hansen S. 91
102 Bejahend Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 226 f
103 Erichsen, Vorbehalt S. 100
104 Wimmer S. 461

vorangekommen sind. Aber selbst wo eindeutige Entscheidungen getroffen wurden, blieb die genaue Abgrenzung zwischen "wesentlich" und "nicht wesentlich" unklar [105]. Eine Konkretisierung ist bis heute weder der Wissenschaft noch der Rechtsprechung geglückt [106], weshalb eine konkrete und gewünschte verfassungsrechtliche Regelung weder beim Bund noch bei den Ländern möglich war und ist [107]. Trotz der Unklarheiten wird an der Wesentlichkeitstheorie wegen ihrer verfassungsrechtlichen Einstellung von vielen unbeirrt festgehalten [108]. Aber die Erkenntnis, bisher nach etlichen Diskussionsbeiträgen keine eindeutigen Kriterien der Abgrenzung zwischen "wesentlich" und "nicht wesentlich" gefunden zu haben [109], führt bei einigen Autoren zu der Frage, ob es der Theorie überhaupt gelingen wird, jemals das gebotene Maß präziser Abgrenzung leisten zu können [110].

Die Suche nach griffigen Unterscheidungsmerkmalen hat nicht die Aufgabe, Kompetenzverschiebungen zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung herbeizuführen, sondern muß sich an der verfassungsrechtlichen Funktion des Vorbehaltsprinzips orientieren [111]. Bis zur Ermittlung eines praktikablen Ergebnisses muß - vergleichbar mit den Übergangsfristen (bei sonst nichtigen Normen) - einerseits nach derzeit gesichertem Erkenntnisstand, der allerdings nur in eindeutigen Fällen und insbesondere durch Einzelfallentscheidungen der Rechtsprechung gegeben ist, gearbeitet werden, ansonsten nach den seitherigen Abgrenzungskriterien, damit der Rechtsordnung möglichst wenig Schaden entsteht [112]. Wen wundert es, daß dieser Übergangszeit ohne präzise Kriterien eine "fatale Rechtsunsicherheit" [113] oder der Theorie eine

---

105 Bosse S. 351
106 Wimmer S. 461; Anmerkung 109
107 Hans Klein, Revision des GG S. 525; Wimmer S. 461
108 Oppermann, Sexualerziehung S. 292
109 Erichsen, Verwaltungsrecht S. 244; Kisker, Vorbehalt S. 1317; Pieske S. 675; Schenke, Vorbehalt S. 555 f Anm. 10a; Hermann Weber, Anm. z. BVerfGE S. 850; Wimmer S. 461
110 Erichsen, Verwaltungsrecht S. 244; Krebs, Vorbehalt und GG S. 109; Rottmann S. 277
111 Kisker, Vorbehalt S. 1318 f; derselbe, Zuständigkeiten S. 57
112 So der Vergleich zu den Übergangsfristen bei rechtswidrigen, aber vorerst anzuwendenden Normen: BVerfGE 33,303, 347 = NJW 1972, 1561, 1568; gegen Übergangsfristen z. B. Götz S. 291 Anm. 12

"rechtsdogmatische Bankrotterklärung" [114] oder eine "Leerformel" [115] bzw. bei Differenzierung eine Steigerung der ohnehin bereits vorhandenen Unsicherheit angedichtet wird [116], bzw. die Vagheit, Konturenlosigkeit und Ausdeutbarkeit des Wesentlichkeitskriteriums gerügt [117] oder als "bei weitem nicht ausgereift" bezeichnet wird [118], oder die Meinung vertreten wird, die Unbestimmtheit des Wesentlichen führe faktisch zu einer Kompetenz-Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts [119], bzw. das "Wesentliche" sei ein vages Abgrenzungskriterium, obschon die Abgrenzung der Kompetenzen aus rechtsstaatlichen Gründen möglichst eindeutig erfolgen sollte [120]. Kritik an der gegenwärtigen Situation zu üben, ist nicht schwer, schwer dagegen, eine befriedigende Lösung zu finden [121]. Häufig werden aber dort, wo neue Markierungen hervortreten, erst durch längeren Argumentenaustausch und Erläuterungsprozeß griffige Kriterien und damit klare Verhältnisse geschaffen [122]. Es ist gerade die Aufgabe der Wissenschaft, sich bedeutsamen und schwierigen Fragen zu stellen und sie zu lösen, nicht dagegen, durch bloße Kritik sich ihrer Verantwortung zu entziehen. Die Wissenschaft braucht hierzu sowohl Phantasie als auch Wagemut, mit Widersprüchen zu leben. Die Rechtsprechung und die Wissenschaft haben sich in bekannter Weise bei dieser schwierigen Aufgabenstellung mit rechtspolitischem Fingerspitzengefühl und ihrer Einsicht in die Struktur der regelungsbedürftigen Sachverhalte allmählich voranzutasten [123]. Für die Zukunft der Wesentlichkeitstheorie ist dabei nicht schwarz zu sehen [124]. In der Übergangszeit wird man auch mit dem Vorwurf [125] leben können,

---

113 Kisker, Vorbehalt S. 1317, der aber den Ansatz der Theorie als richtig erachtet (S. 1318)
114 Vgl. Kisker, Diskussion S. M 82 sowie vorstehend Anm. 113
115 Kisker, Zuständigkeiten S. 57, der die Formel "wesentlich" als nachdenkenswert und provozierend anerkennt; Krebs, Vorbehalt S. 308 f
116 Pieske S. 676
117 Rottmann S. 277 mit weiteren Nachweisen
118 Kloepfer S. 693
119 Ronellenfitsch, Besonderes Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht S. 783; derselbe, Besonderes Gewaltverhältnis als Verwaltungsinstitut S. 41 f
120 Krebs, Vorbehalt S. 308
121 Wimmer S. 461
122 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 223
123 Niehues S. M 45; Oppermann, Grundsätze S. C 52
124 Oppermann, Diskussion S. M 84
125 So Kisker, Diskussion S. M 82

die Gerichte ließen - wie heute schon vielfach - die Parlamente nachsitzen und würden ihnen aufgeben, eine hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigung demnächst nachzuliefern.

Bei der Suche nach einer befriedigenden Lösung ist besonders die verfassungsrechtliche Funktion des Vorbehaltsprinzips [126] als eines historisch gewachsenen Grundsatzes, an den die verschiedensten grundgesetzlichen Ansprüche gestellt werden, ebensowenig außer Acht zu lassen wie Wertungen der Verfassungen [127]. Soweit sich bisher bekannte Strukturen als unanwendbar für den entsprechenden Zweck erweisen, werden regelmäßig über Einzelfall-Bildungen und unbestimmte Rechtsbegriffe neue Wege gesucht, die in der Übergangszeit zum Teil für Lösungen sorgen und im Laufe der Zeit ein klareres Bild vermitteln können. Die Literatur zur Wesentlichkeitstheorie deutet solches zwar an, ohne aber - abgesehen vom Schulrecht - diese Wege selbst zu beschreiten. Die Meinungen dazu sind allerdings sehr unterschiedlicher Art:

Zuerst sind in einem bestimmten Bereich - ohne großen Aufwand an kriterienbildender Systematik - Einzelfälle zusammenzustellen, die als wesentlich bzw. unwesentlich erscheinen [128]. Hiernach sind Fallgruppen zu bilden, um nach dem Warum zu fragen und somit einer über den Einzelfall hinausgehenden Abstraktion näherzukommen [129]. Pessimistisch klingen dagegen die Meinungen, nach denen die Grenzen des Wesentlichen nur von Fall zu Fall zu entscheiden seien [130]. Solange es an griffigen Abgrenzungskriterien mangelt, kann es keine andere Lösung (in der Übergangszeit) geben. Selbst Kritiker der Fallbildungen - die darin ein Handikap von Unklarheiten, Undeutlichkeiten, Vieldeutigkeiten, Mißverständnissen und Fehlentscheidungen sowie die Gefahr einer Bürokratisierung sehen - erkennen, daß (derzeit) die unscharfe Wesentlichkeitstheorie auf Konkretisierung durch Einzelfallrecht angewiesen ist, "um nicht von einem Halbdunkel in ein anderes zu

---

126 Kisker, Vorbehalt S. 1318; derselbe, Zuständigkeiten S. 57
127 Kisker, Vorbehalt S. 1318
128 Kisker, Vorbehalt S. 1318
129 Kisker, Vorbehalt S. 1318
130 Kiess S. 165; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 158

geraten" [131]. Das Ausloten eines Einzelfalls mit seinen Auswirkungen kann - ohne konkrete (oder abstrakte) Anhaltspunkte - sich als umfangreiche und nicht ungefährliche Arbeit gestalten [132], die aber mit Recht unter den gegenwärtigen Voraussetzungen als ein vorsichtiger Weg bezeichnet wird [133].

Die andere Möglichkeit - unter Zuhilfenahme unbestimmter Rechtsbegriffe - überschneidet sich zum Teil mit den Einzelfallbildungen. Die Ausfüllung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe ist ein allmählich fortschreitender und fallweiser Vorgang, der beeinflußt werden kann durch Gewichtung von Interessen und einer fortschreitenden Bewußtseinsbildung in der Öffentlichkeit, wie z. B. im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeits- und Erforderlichkeitsprinzip, der Abgrenzung von Individual- und öffentlichen Interessen, der Bestimmung sachgerechten Ermessens und Zumutbarkeitserwägungen [134]. Als geglückte Beispiele dafür sind insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die polizeiliche Generalklausel zu nennen [135].

Diese schwer zu handhabenden Generalklauseln müssen aber ebenso wie die vorerwähnten Einzelfallbildungen mit Vorsicht betrachtet werden, weil sie vorwiegend durch das Initiativrecht der Verwaltungsspitzen, einer nicht abreißenden Flut gerichtlicher Entscheidungen und einer aus unterschiedlichen Gründen kontrovers geführten Lehrmeinung ausgefüllt werden, dagegen nur in geringem Maße durch die Parlamente [136]. Diese Arbeitsaufteilung ist insoweit verständlich, als die Verwaltung und die Rechtsprechung nun eben mehr mit der praktischen (konkreten) Einzelfallanwendung bzw. vorwiegend mit den Auswirkungen der Vergangenheit und der Gegenwart beschäftigt sind und die größere Sachkunde gegenüber dem Parlament besitzen, das seinerseits nicht mit Arbeit überlastet werden darf, um seine Leit- und Lenkungsfunktion wahrnehmen zu können, und vielfach mit den Schwierigkeiten zu kämpfen hat, anhand von Zukunftsprognosen (abstrakt) entscheiden zu

---

131 Pieske S. 676 f; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714f
132 Pieske S. 677
133 Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 809 f
134 Niehues S. M 44; Oppermann, Grundsätze S. C 52
135 Oppermann, Diskussion S. M 48
136 Wimmer S. 461

müssen. Die Verantwortung für die Konkretisierung der Generalklausel, welche zu unübersehbarem Fallrecht führen kann, liegt regelmäßig nicht mehr beim Parlament [137]. Trotz dieser Nachteile empfehlen selbst Kritiker die Fallrechtsbildung bzw. den Weg über die Generalklausel [138], wobei das Prüfen am konkreten Einzelfall regelmäßig weniger Arbeit bereitet als das "Jonglieren" mit unbestimmten Rechtsbegriffen [139].

Eine weitere Alternative kann das Herausarbeiten relevanter Lehren bilden [140], die zumeist selbst nicht ohne unbestimmte Rechtsbegriffe auskommen. Soweit sie nicht (vollständig) als Abgrenzungsmerkmale der Wesentlichkeitstheorie tauglich sind, könnten sie aber Abgrenzungsanzeichen liefern. Möglicherweise erfüllen diese Funktion z. B. die klassische Eingriffstheorie, die Art und das Fehlen grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte der im Einzelfall betroffenen Grundrechte, die entsprechende Anwendung des Artikels 59 Absatz 2 GG oder das Grund- und Betriebsverhältnis; vergleiche dazu insbesondere die Ausführungen bei 10. und 17. Soweit taugliche Abgrenzungsanzeichen vorliegen, kann anhand abstrakter Kriterien die Unterscheidung von wesentlich und unwesentlich am konkreten Fall vorgenommen werden, bei dem insbesondere die Gefahr von Fehlentscheidungen und unterschiedlichen Bewertungen erheblich geringer einzuschätzen ist als bei einer (allgemeinen) Falluntersuchung ohne (konkrete) Ansatzpunkte (Indizien). Die Auswirkungen am konkreten Einzelfall müssen dann nicht mehr bei jeder Einzelheit untersucht und entsprechend einer bestimmten Interessenmotivation bewertet werden. Das Bewußtsein für und die Fähigkeit zur Abgrenzung steigt bei den Abgrenzungsanzeichen erheblich stärker als bei einer unbestimmten Vielzahl von Einzelfällen. Je griffiger diese Anzeichen bei Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen gestaltet werden können, um so mehr steigt die für die Vorbehaltslehre notwendige und derzeit leider noch nicht vorhandene Rechtssicherheit.

Trotz der gegenwärtigen Mängel ist bei der Erforschung wirksamer Abgrenzungsanzeichen behutsam vorzugehen, damit sich

---

137 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714
138 Pieske S. 677; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 715
139 Pieske S. 677
140 Kisker, Vorbehalt S. 1318

nicht der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit gezwungen sieht, möglichst viele Normen zu erlassen, die letztlich wegen einer Überlastung der Parlamente an Qualität zu wünschen übrig lassen und dem Gesetzgeber seine Leit- und Lenkungsfunktion rauben, obwohl die Wesentlichkeitstheorie durch Entlastung der Parlamente gerade das Gegenteil erreichen will. Nicht zu trennen von diesem Problem ist der mit dem Vorbehalt des Gesetzes zusammenhängende Bestimmtheitsgrundsatz.

4. Der Bestimmtheitsgrundsatz [141]

Der Grundsatz ergänzt und intensiviert durch das "Wie" der Regelung den Vorbehalt des Gesetzes. Ohne ihn wäre das Vorbehaltsprinzip - wegen sonst fehlender inhaltlicher Gestaltung - eine "Farce" [142], denn die Unbestimmtheit beinhaltet eine Weitergabe von Entscheidungsbefugnissen an die Verwaltung bzw. die Rechtsprechung [143]. In solchen Fällen führt die Exekutive nicht mehr die Gesetze aus, sondern handelt an Stelle des Gesetzgebers [144]. Der Bestimmtheitsgrundsatz zwingt die Parlamente, über die Grenzen ihrer Kompetenzen nachzudenken und sich damit ihrer Verantwortung bewußt zu werden [145]. Mißlingt dies, ist die Gewaltenbalancierung im Bereich der Normsetzung einseitig verschoben und das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt [146].

Geprägt wird der Bestimmtheitsgrundsatz als Teil des Vorbehaltsprinzips bzw. wegen seines engen Zusammenhangs mit diesem Prinzip durch die Wesentlichkeitstheorie [147]. Das bedeutet, daß die Legislative die wesentlichen Probleme selbst

---

141 Auf die Ausführungen desselben Themas bei Kapitel III 9. wird verwiesen.
142 Kisker, Zuständigkeiten S. 55; Kapitel III Anm. 208
143 Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157; die Wesentlichkeitstheorie begründet entgegen Kisker (Vorbehalt S. 1318 Anm. 36) auch keine originäre Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung für "unwesentliche" Maßnahmen.
144 Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 806 und 816; BVerfGE 1,14,60; BVerwGE 2,114,116; vergleiche auch Kapitel III Anmerkung 185 und 186
145 BVerfGE 1,14,60; vergleiche auch Kapitel III Anm. 187
146 BVerfGE 33,52,60; BVerwGE 2,114,116
147 Rottmann S. 278 und 296

regeln muß, und zwar je wesentlicher eine Sachfrage ist, um so bestimmter muß die gesetzliche Regelung gefaßt sein [148]. Dies ist die "einzige Alternative", um den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Rechtsstaates, der Demokratie und des Sozialstaates nach einer parlamentarischen Leit- und Lenkungsfunktion gerecht zu werden [149], die dabei aber der Exekutive keinen erheblichen Spielraum eröffnen darf [150]. Der Verwaltung wird daher selbst bei fehlender legislativer Initiative, die bekanntlich nicht erzwingbar ist, keine "negativ-konkludente" Ermächtigung zur Bestimmung wesentlicher Fragen zugestanden [151].

Beim Maßstab für die Bestimmtheit ist nicht nur nach dem relativen Sinn des jeweils Wesentlichen zu suchen, sondern es muß auch die Wichtigkeit und die politische Bedeutsamkeit der einzelnen Materien beachtet werden [152]. In Artikel 80 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz ist er für den Erlaß von Rechtsverordnungen verfassungsrechtlich positiviert [153]. Wird die Norm entsprechend großzügig ausgelegt, kann sie den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Bestimmtheitsgebotes genügen [154]. Regelmäßig ist die hinreichende Bestimmtheit [155] der Grundentscheidung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß [156] völlig ausreichend. Der Wille bzw. das Ziel des Gesetzgebers muß erkennbar sein [157], um entscheiden zu können, ob und mit welcher Tendenz die Exekutive von der Ermächtigung Gebrauch machen darf, und welchen Inhalt die exekutive Regelung haben

---

148 Kisker, Vorbehalt S. 1317; BVerfG NJW 1977, 1723, 1724; BVerfG NJW 1981, 1311; vergleiche Kapitel III Anm. 216; a. A. Ronellenfitsch, Besonderes Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht S. 783, der meint, daß die "Jedesto"-Formel eine untragbare Eigendynamik aufweise.

149 Kisker, Zuständigkeiten S. 59; Niehues S. M 45 und M 52; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157; vergleiche auch Kapitel III Anmerkungen 190 bis 202 und 217

150 Kisker, Zuständigkeiten S. 55

151 Ossenbühl, Praxis S. 32

152 Geitmann S. 133; Starck, Gesetzesbegriff S. 276; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64; vergleiche auch Kapitel III Anmerkung 220

153 Kisker, Vorbehalt S. 1315; derselbe, Zuständigkeiten S. 55

154 Geitmann S. 133; vergleiche aber auch zu verschieden hohen Graden der Bestimmtheit in Artikel 80 Grundgesetz - Kapitel III Anmerkung 207

155 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d 3 S. 432, Rengeling, Vorbehalt S. 2221; BVerfGE 1,14,60; BVerfG NJW 1981, 1311; BVerwGE 2,114,116

156 Norbert Henke S. 610

157 BVerfGE 34,52,60

könnte [158]. Insbesondere im Falle einer Delegation ist es wichtig, daß der Gesetzgeber die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander selbst bestimmt [159]. Einzelheiten von außerordentlicher Bedeutung und von der Natur der Sache her notwendige Detailentscheidungen (z. B. Stichtage oder Altersbegrenzungen) unterliegen ebenfalls den genannten Anforderungen [160]. Bei unzureichender Bestimmtheit der Befugnisse (bzw. Ermächtigungen) kann dagegen die Tätigkeit der Verwaltung kaum noch gerichtlich überprüft werden [161].

Der Bestimmtheitsgrundsatz verwehrt es dem Gesetzgeber aber nicht, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden [162] oder der Verwaltung Ermessen einzuräumen [163]. Der Freiraum der Exekutive ist allerdings nicht zu groß [164]. Die Ermächtigung darf nicht zu einem grundrechtlichen Generaldispens ausarten [165]. Andererseits muß aber die Exekutive das Recht der Interpretation des sie ermächtigenden Gesetzes besitzen, um die Möglichkeiten und Grenzen ihrer Rechtssetzungskompetenzen auszuloten [166]. Außerdem ist sie berechtigt und unter Umständen sogar verpflichtet, unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren, was als delegierte authentische Interpretation des Begriffshofs und Unterfall einer verfassungsrechtlich zulässigen Ausführungsrechtsetzung bezeichnet werden kann [167].

Der exekutive Freiheitsraum, den der hinreichende Bestimmtheitsgrundsatz in gewisser Weise ermöglicht, gibt der Ver-

---

158 BVerfGE 1,14,60; 34,52,60; BVerfG NJW 1981, 1311
159 BVerfGE 33,303,345f
160 Niehues S. M 45
161 BVerwGE 2,114,117
162 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d 3 S. 432; Erichsen, Gesetzgebung und Verwaltung S. 256 mit weiteren Nachweisen auf die Rechtsprechung; Norbert Henke S. 611; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939; Rottmann S. 289; Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 807; Wimmer S. 461; BVerfG NJW 1981, 1311; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64; vergleiche auch Kapitel III Anm. 222 und 223
163 OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
164 BVerfG NJW 1981, 1311
165 BVerwGE 2, 114, 117
166 Jesch, Auslegung S. 244
167 Jesch, Auslegung S. 244 f

waltung die Chance, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des Einzelfalls und den schnell wechselnden Situationen des Lebens gerecht zu werden [168]. Die Umstände entscheiden ebenfalls über den Grad der Bestimmtheitserfordernisse [169]. Zu ihnen zählen z. B. [170] das Maß grundrechtlich zu schützender Positionen [171], die Gewichtung der Gemeinschafts- und Individualinteressen [172], rasch wandelnde Verhältnisse [173], die Bedeutung und Eigenart der zu regelnden Materie [174], die Intensität der Betroffenheit hoheitlicher Regelungen [175], die begriffliche Fixierbarkeit des zu regelnden Sachbereiches [176], der Umfang der zu regelnden Materie [177], die Dauer der Regelung [178], die allgemeine Sozialschädlichkeit des Verhaltens [179], Ordnungsaufgaben [180], Organisationsmaßnahmen [181], Anforderungen gegenüber Richtern [182] und planende Gestaltungen [183]. Der Bestimmung durch die Verwaltung vollständig entzogen sind z. B. der Erlaß gesetzesvertretender (wie etwa ganze Leistungssysteme zu schaffen) oder gesetzesändernder Normen [184], die Verleihung und Entziehung der Rechtssubjektivität [185], Schaffung neuer Behörden mit neuen hoheitlichen

---

168 BVerfG NJW 1981, 1311
169 Geitmann S. 135
170 Vergleiche hierzu insbesondere Kapitel III Anmerkungen 218 bis 221 und 230 bis 236 sowie die nachfolgenden Titel 7 bis 21; dagegen erfolgt die nachfolgende Aufzählung ohne nähere Sachprüfung.
171 Norbert Henke S. 611; Kisker, Zuständigkeiten S. 59; Listl S. 13; Niehues S. M 45
172 Niehues S. M 45; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939
173 Erichsen, Gesetzgebung und Verwaltung S. 256; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157; BVerfG NJW 1981, 1311
174 Erichsen, Gesetzgebung und Verwaltung S. 256; Rengeling, Vorbehalt S. 2221; BVerfG NJW 1981, 1311
175 Erichsen, Gesetzgebung und Verwaltung S. 256; Kisker, Zuständigkeiten S. 56; Listl S. 13; BVerfG NJW 1981, 1311
176 Rottmann S. 289; BVerfG NJW 1981, 1311
177 Friedrich Klein S. 61; Kiess S. 164 f; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 240; derselbe, Praxis S. 30
178 Friedrich Klein S. 61
179 Geitmann S. 125
180 Norbert Henke S. 613
181 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 277
182 Geitmann S. 154
183 Brohm, Verwaltungsrecht S. 268; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157 f
184 Friedrich Klein S. 61; Ossenbühl, Praxis S. 30; Rupp, Berufsregelung S 678 f
185 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 267, 271 und 277

Befugnissen [186], Ausstattung bestehender Behörden mit hoheitlichen Befugnissen [187], Beleihung Privater mit hoheitlichen Aufgaben und Befugnissen [188], die Bildung weisungsfreier Organe mit Entscheidungsbefugnissen [189].

Die vorstehenden und besonders die nachfolgenden Ausführungen zeigen, daß die Wesentlichkeitstheorie von vielen sich ändernden Komponenten beeinflußt wird, so daß das Ergebnis des Bestimmtheitserfordernisses im Einzelfall bei einer sich ständig und schnell ändernden Welt nicht für allemal festliegt, um stets Raum für eine sachgemäße und gerechte Entscheidung offen zu lassen [190].

5. Gilt der Bestimmtheitsgrundsatz auch beim Satzungsrecht der Selbstverwaltungskörperschaften? - Zugleich ein Beitrag zum Satzungsvorbehalt

Es sind zwei Ebenen auseinander zu halten, nämlich einerseits die Verleihung der Satzungsbefugnis bzw. Ermächtigung von einem staatlichen Hoheitsträger an die Selbstverwaltungskörperschaften und andererseits die konkrete Bestimmtheit der Satzungen.

Eine Lockerung des Bestimmtheitsgrundsatzes wird insbesondere von älteren Teilen der Literatur für den Selbstverwaltungsbereich im Verhältnis des (staatlichen) Ermächtigungsgebers zum (z. B. kommunalen) Satzungsgeber gefordert: Der historisch begründete Freiraum kommunaler Selbstverwaltung als gesetzesfreie Verwaltung würde durch die Regelung des Artikels 28 Absatz 2 Grundgesetz garantiert [191]. Soweit sich die Verleihung autonomer Satzungsgewalt auf den Kreis der eingenen Angelegenheiten des Verbandes beziehe und nicht unmittelbar die Belange der Allgemeinheit berühre, sei die Ermächtigung unbedenklich, weil sie auf einen (kommunalen)

---

186 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 277
187 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 277
188 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 277
189 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 277
190 Werner Thieme, Vorbehalt S. 85
191 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 224, so beim Satzungsvorbehalt der exekutiven Selbstverwaltungsorgane

Kreis übertragen werde, der den Bürger unmittelbar betreffe; dies werde durch die "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" dokumentiert [192]. Die Gründe seien darin zu sehen, daß einerseits Sondergemeinschaften in erster Linie nur eigene Belange und nicht die der Allgemeinheit und des Staatsinteresses im Auge hätten, andererseits ihr Eigenleben stets in Gefahr sei, in Widerspruch zu Staatsinteressen zu treten [193]. Die Satzungsgewalt sei von der Sache her nur eine begrenzte [194].

Auch ein Vergleich mit dem in Artikel 80 Grundgesetz enthaltenen Bestimmtheitsgebot spricht anscheinend für diese Lösung. Nach dem Sinn des Artikels 80 Grundgesetz, der wesentlich neben der Entlastungsfunktion des Gesetzgebers [195] darin zu sehen ist, den Willen des Gesetzgebers als Vollzugsmechanismus weiterzugeben [196], soll sich das Parlament nicht seiner vornehmsten Aufgabe mit der Folge entziehen können, daß die Exekutive sowohl die Gesetze erläßt als auch ausführt [197]. Dagegen hat die Verleihung der Satzungsautonomie den Zweck, nicht anstelle der Legislative zu entscheiden bzw. bloß deren verlängerter Arm zu sein, sondern eigenverantwortliches Handeln zu ermöglichen [198]. Die Satzungsautonomie hebt sich somit deutlich als Teil der mittelbaren von der unmittelbaren Staatsverwaltung ab [199]. Sie steht im Gegensatz zur Rechtsverordnung der Selbstverwaltungsidee sehr nahe und will im kommunalen Bereich die Regelung der unterschiedlichen örtlichen Angelegenheiten ermöglichen, deren Festschreibung in der Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß diese wegen der Fülle örtlicher Angelegenheiten sowie fehlender örtlicher Kenntnisse häufig fast unmöglich machen würde [200]. Außerdem sind die satzungsgebenden Organe selbst unmittelbar demokratisch legitimiert [201].

---

192 Kiess S. 166; nach Badura, Staatsrecht (1986) S. 215 erfordert die Satzungsautonomie als eine Erscheinungsform der Selbstverwaltung einen eigenverantwortlichen Spielraum der Gestaltung und Regelung.
193 Kiess S. 167
194 Geitmann S. 152
195 Starck, Autonomie und Grundrechte S. 458
196 Kiess S. 180
197 Starck, Autonomie und Grundrechte S. 458
198 Kiess S. 180 f; Schmidt-Aßmann S. 185; OVG Münster OVGE 12,202,206
199 Badura, Rechtsetzung durch Gemeinden S. 565; Schmidt-Assmann S. 185
200 Badura, Rechtsetzung durch Gemeinden S. 565; Kiess S. 181 BVerwGE 6,247,251 = DÖV 1958, 581, 582

Unangebracht und in der Literatur mehrfach erwähnt [202] ist dagegen das Argument, die Satzungsgewalt im kommunalen Bereich würde die Rechtssetzungsbefugnis des Staates nur auf andere demokratische Gremien und nicht auf die Exekutive verlagern, denn die Organe der Selbstverwaltungskörperschaften werden in den entsprechenden Gesetzen als Organe der Exekutive bezeichnet.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem "Facharzturteil" vom 9. 5. 1972 [203] neben den vorstehenden Gründen noch weitere erwähnt, diese aber nur als Rechtfertigung für die Verleihung der Satzungsgewalt in dem System der grundgesetzlichen Ordnung angesehen. Das Gericht lehnt zwar auch jede unmittelbare Anwendung des Artikels 80 Grundgesetz ab, ist aber gegen eine Lockerung des Gedankens von Artikel 80 Grundgesetz bei der Verleihung der Satzungsgewalt, denn es müsse jede Ordnung eines Lebensbereiches durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volk bestellten Gesetzgebungsorgane zurückgeführt werden können. Die Rechtsetzung durch die Selbstverwaltungskörperschaften bringe für den Betroffenen und die Allgemeinheit spezifische Gefahren mit sich, die der Gesetzgeber bei der Delegation zu beachten habe.

Der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist zuzustimmen, denn letztlich sind zwingende Gründe, die eine Lockerung des Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Verleihung der Satzungsgewalt ermöglichen würden, nicht zu erkennen. Dadurch bleibt gewährleistet, daß der Gesetzgeber die wesentlichen Fragen der jeweiligen Materie selbst regelt und sie nicht einfach dem ermächtigten Selbstverwaltungs- oder sonstigen Exekutivorgan überlassen darf [204]. Andernfalls würde es über die

---

201 Ausführlich dazu mit weiteren Nachweisen Geitmann S. 153

202 So aber Geitmann S. 153; BVerfGE 21,54ff; BVerwG DÖV 1958, 581, 582; Entscheidung des BFinanzHof NJW 1964, 693, 694; Bad.-Württ. StGH DW VerwBl 1956, 153, 154 f; Meyn S. 25 bis 45 stellt insbesondere Vergleiche zwischen den Bundesländern und den sonstigen Verwaltungsverbänden im Selbstverwaltungsbereich gegenüber den Gemeinden an; a. A. und richtig dagegen in Hamann, Satzung S. 17, 23, 26, 29 und 48 ff; Kiess S. 114; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 457 f

203 E 33,125,156-159

204 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 85 S. 247

Satzungsbefugnis der Kommunen neben dem zweistufigen Gesamtaufbau des Grundgesetzes von Bund und Ländern und die mit ihren staatlichen Gesetzen verbundenen, repräsentativ vermittelten Willen des Gesamtvolkes noch eine dritte Ebene der Legitimation zur Grundrechtsregulierung geben, nämlich den Willen der Vertretung des kommunalen Teilvolkes [205]. Die allgemeine Satzungsbefugnis der Kommunen im Grundgesetz (Artikel 28) bzw. in den Gemeinde- und Landkreisordnungen der Länder ist für den Vorbehalt des Gesetzes demnach für viele Bereiche zu unbestimmt, dagegen ist z. B. der Anschluß- und Benutzungszwang in den Gemeindeordnungen hinreichend bestimmt [206].

Bei der Ausübung der Satzungsgewalt sind für das Bestimmtheitserfordernis bzw. für den Bestimmtheitsgrad weitgehend andere Argumente als die vorstehenden anzuführen: Beim Vorbehalt des Gesetzes findet eine Abgrenzung zwischen der (parlamentarischen) Legislative und der Exekutive statt, während die Ausübung der Satzungsgewalt und die Ausführung der Satzung eine Angelegenheit der Exekutive ist. Dies könnte gegen das Vorbehaltsprinzip bei der Ausübung der Satzungsgewalt bzw. für eine Lockerung des Bestimmtheitsgrundsatzes sprechen. Das vorerwähnte Urteil des Bundesverfassungsgerichts nennt (im Zusammenhang mit der Verleihung der Satzungsgewalt) aber Gründe, die eine solche Annahme nicht rechtfertigen [207]: "Es macht einen erheblichen Unterschied aus, ob der Gesetzgeber seine - der Materie nach prinzipiell unbeschränkte und allen Bürgern gegenüber wirksame - Normsetzungsbefugnis an eine Stelle der bürokratisch-hierarchisch organisierten staatlichen Exekutive abgibt, oder ob er innerhalb eines von vorneherein durch Wesen und Aufgabenstellung der Körperschaft begrenzten Bereichs einen bestimmten Kreis von Bürgern ermächtigt, durch demokratisch gebildete Organe ihre eigenen Angelegenheiten zu regeln. Das Bedürfnis, eine Macht zu zügeln, die versucht sein könnte, praktisch effiziente Regelungen auf Kosten der Freiheit der Bürger durchzu-

---

205 Vergleiche die Ausführungen bei Bethge S. 579
206 Bethge S. 579 f
207 BVerfGE 33,125,157

setzen, ist, wie die geschichtliche Erfahrung bestätigt, im ersterwähnten Fall ungleich fühlbarer".

Die geschichtliche Erfahrung lehrt also, daß die "bürokratisch-hierarchische" Exekutive eher versucht ist, hoheitliche Macht auf Kosten der Bürger auszuüben, als das bei "demokratisch-gebildeten" [208] Organen (der Exekutive), die eigene Angelegenheiten zu regeln haben, der Fall ist. Die "bürokratisch-organisierte" Exekutive ist im Kommunalrecht ebenso wie die staatliche Exekutive demokratisch legitimiert, im Gegensatz zu den satzungsgebenden Organen allerdings nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar. Aber selbst in den Bundesländern, wo der von den Bürgern unmittelbar gewählte Bürgermeister gleichzeitig auch Verwaltungsleiter ist, wird er infolge seiner vorhandenen und vielerorts extensiv ausgeübten Machtfülle schon seit langer Zeit als "Fürst" bezeichnet, neuerdings sogar mit der Umschreibung einer "gottähnlichen Stellung" [209]. Die Machtfülle der Verwaltungsleiter - durch ihren gesetzlich und zum Teil satzungsmäßig beschriebenen Aufgabenbereich, der ausgestaltet ist mit hoheitlichen Befugnissen, ihren Informationsvorsprung und ihre "hierarchisch-organisierten" Verwaltungen - ist vergleichbar mit der Machtfülle der Regierungschefs, weshalb es erforderlich ist, sie in vergleichbarer Weise zu begrenzen, damit der Zweck und die Rechtfertigung des Satzungsrechts erfüllt werden kann, nämlich "die gesellschaftlichen Kräfte zu aktivieren, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen, und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu überlassen und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressaten zu verringern" [210]. Der Vorwurf, daß vor allem die Gemeindeverwaltungen die unmittelbaren politischen Einwirkungen der politisch legitimierten Gremien auf Betriebsentscheidungen - "mitunter sehr unsachlichen Einwirkungen" ausschalten wollen

---

208 Gemeint sind gewählte Organe entsprechend den 5 Wahlgrundsätzen in Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 Grundgesetz.
209 Siegfried Schilling in der "Heilbronner Stimme" Seite 13 vom 19. 6. 1986 mit Bezug auf eine Äußerung von Günter Püttner
210 BVerfGE 33,125,156f

[211], kann mit der Anwendung des Vorbehaltsprinzips auch in diesem Bereich weitgehend ausgeräumt werden. Ohne den entsprechenden Bestimmtheitsgrundsatz gibt es kein eigenverantwortliches Verhalten der unmittelbar demokratisch gewählten Satzungsorgane (denn andernfalls führen die Verwaltungsapparate nicht nur die Satzungen aus, sondern entscheiden an Stelle der Satzungsorgane) und dadurch keine Verringerung des Abstandes zwischen Normgeber und Normadressat.

Ein Rechtssatzvorbehalt in Form eines Satzungsvorbehalts schützt den Bürger in seinen grundrechtlichen Rechten vor gesetzeswidrigen Machteinflüssen gesellschaftlicher und politischer Gruppen durch die Öffentlichkeit und Transparenz in den Entscheidungsverfahren sowie durch Partizipation von Minderheiten an den Entscheidungsverfahren; dies sind auch die Argumente, die für den Vorbehalt des Gesetzes angeführt werden [212]. Die satzungsmäßigen Organe haben also eine den Parlamenten vergleichbare Aufgabe, nämlich für den Ausgleich divergierender Interessen durch ein hohes Maß an Öffentlichkeit und Entscheidungssuche zu sorgen [213]. Es ist auch nicht einzusehen, warum der grundrechtliche Schutz des Bürgers auf kommunaler Ebene geringer sein soll als auf staatlicher Ebene, wenn vergleichbare Voraussetzungen vorliegen. Gleiches

---

211 So Bachof, Anstalt S. 257

212 Vergleiche Rottmann S. 294, der aber den Rechtssatzvorbehalt wohl deshalb ablehnt, weil er von einer Rechtsverordnung ausgeht, denn er verneint die Öffentlichkeitsfunktion - die bei den kommunalen Vertretungskörperschaften stärker ausgeprägt ist als bei den Parlamenten - die Transparenz und die Partizipation von Minderheiten am Entscheidungsprozeß. Dagegen bejaht er auf Seite 296 den Vorbehalt des Gesetzes für "Sonderverordnungen" von selbständigen oder teilweise verselbständigten Organisationseinheiten, weil deren Regelungen auf dauerhafte Erfüllungen angelegt seien.

213 Aus diesen Gründen verneint Eberle S. 488 ff eine Gleichstellung von formellen Gesetzen und Rechtsverordnungen im Vorbehaltsbereich. Zu dem wesentlich höheren Maß an Öffentlichkeit und Entscheidungssuche bei kommunalen Repräsentativorganen gegenüber den Parlamenten vergleiche die Ausführungen bei Schneider S. 432 f mit weiteren Nachweisen. So wird bei der gerichtlichen Kontrolle im Gegensatz zu den Gesetzen bei den kommunalen Satzungen z. B. überprüft, ob in öffentlicher Sitzung und nicht bloß in Fraktionssitzungen über die Satzungsangelegenheit frei diskutiert wurde, ob die Abstimmenden zureichend informiert waren, ob eine Interessenabwägung stattfand.

kann für die Rechtsverordnungen wegen eines anderen Entscheidungsverfahrens nicht gelten, dagegen finden sich für sie umfassende Regelungen in den jeweiligen Verfassungen. Die in der Literatur vorkommenden Einwendungen in dem großen Anwendungsgebiet der öffentlichen Einrichtungen sind, wie nachfolgend in Kapitel VII 7. ausgeführt, unzutreffend.

Der Bestimmtheitsgrundsatz ist also sowohl bei der Verleihung als auch bei der Ausübung der Satzungsgewalt anzuwenden [214]. Für dieses Ergebnis spricht auch, daß mit "Gesetz" in Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz beim Vorbehalt des Gesetzes nicht nur förmliche Gesetze verstanden werden können, sondern auch Gesetze im materiellen Sinne, wie z. B. die Satzungen [215]. Durch den Rechtssatzvorbehalt in Form eines Satzungsvorbehalts können an das Bestimmtheitsgebot geringere Anforderungen gestellt werden [216], was letztlich zu einer Entlastung des Gesetzgebers im Sinne der Wesentlichkeitstheorie führt. Mit dieser Auslegung wird außerdem erreicht, daß - entsprechend dem Homogenitätsgedanken von Artikel 20 und Artikel 28 Grundgesetz - die Kommunen ähnlich strukturiert sind wie der Bund und die Länder.

6. Unwesentliches

Die Wesentlichkeitstheorie hat den Vorbehaltsbereich des Parlaments einerseits auf das "Wesentliche" erweitert, andererseits aber der Verwaltung die Möglichkeit gegeben, "Unwesentliches" selbst zu regeln, um die Parlamente für ihre eigentliche Leit- und Lenkungsfunktion zu entlasten [217]. Es steht allerdings im Ermessen des Gesetzgebers, Unwesentliches selbst zu regeln oder der Exekutive zu überlassen [218]. Die

---

214 Gleiche Konsequenzen ziehen Lässig S. 20 und Pitschas S. 646 f bei der Zulassung von Schaustellern zu kommunalen Volksfesten - vergleiche auch die Ausführungen bei Kapitel VIII 5.

215 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 77 S. 244

216 Vergleiche die Ausführungen bei Rottmann S. 296

217 Kisker, Zuständigkeiten S. 56; Werner Thieme, Vorbehalt S. 82; eine Delegation nach den Kriterien des Artikels 80 Absatz 1 Grundgesetz ist dabei nicht notwendig, um unwesentliche "Grundrechtseingriffe" zu ermöglichen, denn andernfalls wäre die Entlastungsfunktion des Parlaments auf das Wesentliche beseitigt - vergleiche Rottmann S. 287 f mit weiteren Nachweisen auch für die Gegenmeinung.

218 Listl S. 13

Legislative kann damit Unwesentliches ignorieren oder einer abgeschwächten parlamentarischen Kontrolle unterwerfen [219]. Die konkurrierende Befugnis der Verwaltung, das Unwesentliche selbst zu bestimmen, wird aber teilweise noch als "Reservat der Exekutive" bezeichnet [220].

In den meisten Rechtsgebieten erweist sich eine lückenlose gesetzliche Regelung weder als erforderlich noch aus dem jeweiligen Wesen der Materie als sinnvoll [221]. Geringfügige Bagatellen sind daher nicht dem Gesetzgeber vorzubehalten, nur weil sie unmittelbar mit dem Bürger in Berührung kommen, während bedeutende mittelbare Entscheidungen ihn wesentlich härter treffen können [222]. Hoheitliche Maßnahmen mit geringfügigen Auswirkungen sind jederzeit [223] zulässig und zumutbar, selbst wenn sie einen Bezug zur Grundrechtsausübung aufweisen [224]. In gleicher Weise werden allgemein die Hilfsmaßnahmen in Katastrophenfällen behandelt, soweit sie nur provisorischen Charakter besitzen [225]. Ihnen kommt keine sozial erhebliche Bedeutung zu, weil sie nicht sozialgestaltende Ziele verfolgen, sondern aus konkretem Anlaß binnen kurzer

---

219 Kisker, Zuständigkeiten S. 56

220 So Werner Thieme, Vorbehalt S. 82

221 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d 3 S. 432; Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 205

222 Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 205; vergleiche hierzu aber auch nachfolgend 12.

223 Soweit ansonsten keine Rechtswidrigkeit vorliegt.

224 Franz Klein, Kommentar Art. 2 GG RNr. 22; Kisker, Vorbehalt S. 1318; derselbe Zuständigkeiten S. 56; Niehues S. M 44; Zuleeg S. 86; BVerwG NJW 1972,1726; a. A. Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 88, weil bei einer prinzipiell umfassend verstandenen Gewährleistung der grundrechtlich geschützten Interessen nicht alle geringfügigen Beeinträchtigungen zu dulden seien. Es fehle schlechterdings die verfassungsrechtliche Evidenz, die ein Gesichtspunkt nun einmal brauche, um die jedem einzelnen durch das Grundgesetz prinzipiell verbürgte Freiheit zu durchbrechen. - Dies muß doch zu der Frage führen, ob ein System, bei dem selbst Geringfügigkeiten in dieser Art geschützt werden, noch funktionsfähig ist. Und wo bleibt die im Rechtsleben viel beschworene gegenseitige Rücksichtsnahme in einer christlichen (vergleiche die Präambel zum Grundgesetz) Massengesellschaft, wenn schon Bagatellen derart ins Gewicht fallen können?

225 Götz S. 295; Zuleeg S. 86; vergleiche auch die Ausführungen bei Kapitel IV 5.

Frist gewährt werden und finanziell eine untergeordnete Rolle spielen [226].

Von welchen Faktoren die Beurteilung des "Wesentlichen" abhängen kann, wurde bereits bei 4. angedeutet [227] und wird nachfolgend bei 7. bis 21. genauer ausgeführt. Unterliegt die Exekutive einer Fehleinschätzung unter Überschreitung ihrer Kompetenzen, so hat dies die üblichen Konsequenzen, nämlich in der Regel die Nichtigkeit bei Rechtsnormen [228] und die Fehlerhaftigkeit bei Verwaltungsakten (vergleiche hierzu auch nachfolgend 16. vorletzter Absatz).

In den nachfolgenden Titeln 7. bis 21. wird versucht, abstrakte Anzeichen für die Abgrenzung wesentlich - unwesentlich zu gewinnen, um der Wesentlichkeitstheorie ein kleines Stück mehr an praktischer Griffigkeit zu geben.

7. Der Einfluß der Grundrechte

Die Grundrechte der Verfassung bilden bekanntlich ein "Wertsystem" [229], in dessen Mittelpunkt die Persönlichkeitsentfaltung und die Menschenwürde im Rahmen einer sozialen Gemeinschaft stehen [230]. Den einzelnen Grundrechten hat die Verfassung einen hervorragenden Stellenwert eingeräumt, weshalb sie zunächst bei der Ermittlung des "Wesentlichen" heranzuziehen sind [231]. Dasselbe gilt für die sonstigen tragenden Prinzipien des Grundgesetzes [232]. Die Ausrichtung auf den Grundrechtsschutz entspricht dem Ansatz der klassischen Vorbehaltslehre [233], wobei aber, wie schon im vorangehenden Kapitel ausgeführt, nicht mehr auf die überkommene Unterscheidung von Eingriff und Leistung abzustellen ist [234]. Ein weiterer Hin-

---

226 Götz S. 295
227 Vergleiche die Anmerkungen 170 bis 183
228 BVerfGE 33,303,347f = NJW 1972, 1561, 1568; vergleiche auch die Anmerkungen 112 bis 116 und Pestalozza S. 553 ff zu den Möglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts
229 Geitmann S. 134; Kisker, Vorbehalt S. 1318; BVerfGE 49, 89,127; vergleiche auch die Ausführungen in Kapitel VI
230 Geitmann S. 134
231 Kisker, Vorbehalt S. 1318; BVerfGE 47,46,79; 49,89,127
232 BVerfGE 49,89,127
233 Kisker, Vorbehalt S. 1318; BVerfGE 47,46,79
234 Kisker, Vorbehalt S. 1318; Oppermann, Grundsätze S. C 54;

weis auf die überragende Wertigkeit der Grundrechte im Rahmen der Vorbehaltslehre wird in der Entscheidung des Verfassungsgebers gesehen, die Grundrechte je nach Bedeutung ohne oder mit ausdrücklichen und differenzierten Gesetzesvorbehalten auszustatten [235].

Der Stellenwert der Grundrechte und sonstige tragende Verfassungsprinzipien kommen bei der Wesentlichkeitstheorie voll zur Entfaltung, wenn gefordert wird, daß der Vorbehalt des Gesetzes und das ihn tragende Bestimmtheitsgebot die Grundrechte auszugestalten und zu verwirklichen haben: Im grundrechtsrelevanten Bereich bedeutet somit wesentlich in der Regel wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte [236]. Es sind die Akte, die den Freiheits- und Gleichheitsbereich des Bürgers wesentlich betreffen [237]. Als Folge daraus setzt die verfassungsrechtliche Verantwortung des Gesetzgebers zur Ausgestaltung ein, sobald grundrechtliche Positionen in Frage stehen und zwar um so intensiver, je stärker die Grundrechte berührt werden, während in gleicher Weise die Verwaltung an Einfluß verliert [238]. Dies entspricht sowohl der (rechtsstaatlichen) klassischen Eingriffslehre, den Schutz der Grundrechte durch Einschaltung des Parlaments zu sichern,

---

Stern, Subventionierung S. 525; BVerfGE 47,46,79; dagegen sehen Rengeling, Vorbehalt S. 2221 und Starck, Gesetzesbegriff S. 291 f größere Anforderungen bei den Eingriffen als bei den Leistungen. Unter dem Eindruck und die Auswirkungen der klassischen Eingriffstheorie wird heute noch bei einigen die Betroffenheit der Grundrechte, die sie mehr als Abwehrrechte und weniger als Teilhaberechte verstehen, bei Eingriffen größer eingeschätzt als bei Vorenthaltung hoheitlicher Leistungen. Vergleiche dazu nachfolgend 8.

235 Kisker, Vorbehalt S. 1318; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 459

236 Norbert Henke S. 611; Kisker, Vorbehalt S. 1318; derselbe, Zuständigkeiten S. 59 f; Niehues S. M 43; Oppermann, Grundsätze S. C 53 f und C 60; Rengeling, Vorbehalt S. 2219; Roellecke S. 1778; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 938; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 456; Hermann Weber, Urteilsanmerkung S. 599; BVerfGE 47,46,79; BVerfG NJW 1977, 1723, 1724; BVerfG NJW 1978, 807, 810

237 BVerfGE 49,89,126; BVerfG NJW 1979, 359

238 Norbert Henke S. 611 f; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64

als auch den ausdrücklichen Gesetzesvorbehalten der einzelnen Grundrechte [239] und ebenso der (demokratischen) Leit- und Lenkungsfunktion des Parlaments, das Staatsleben zu gestalten.

Praktische Ergebnisse für die Abgrenzung können im Einzelfall mit diesem Merkmal nur anhand der Auswirkungen auf das jeweilige Grundrecht gewonnen werden, bei dem sämtliche relevanten Umstände heranzuziehen sind [240]. Diese Ermittlung berührt noch andere, später zu behandelnde Abgrenzungsanzeichen, wie z. B. die Intensität der Betroffenheit in der Sphäre des Bürgers, das Maß der Gefährdung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter [241] und das zwischen verschiedenen Interessen bestehende Kollisionsverhältnis [242]. Solche Abgrenzungsverfahren befinden sich auch innerhalb einzelner Grundrechte, wie etwa die "Schweretheorie" bei der Abgrenzung von Enteignung und Inhaltsbestimmung bzw. Sozialbindung in Artikel 14 Grundgesetz oder die "Stufentheorie" in Artikel 12 Grundgesetz.

Sobald man aber einige Literaturbeispiele miteinander vergleicht, können Zweifel auftreten, ob sich insbesondere die ältere Literatur eher von den erhofften Ergebnissen leiten ließ als von der Verwirklichung des grundrechtsrelevanten Bereichs. Für wesentliche Maßnahmen werden der Bademützenzwang [243] und Rauchverbote, insbesonder in Vorlesungsräumen [244], erachtet, während die Verpflichtung zum Haareschneiden in der Bundeswehr [245] und die Einführung der 5-Tage-Woche im Schulbereich [246] als unwesentlich gelten. Verständlicher dagegen erscheinen die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs, das Abgabenrecht [247], Impflichten, Entnahmen von körperlichen

---

239 Kisker, Vorbehalt S. 1318
240 Geitmann S. 134 f
241 Listl S. 13
242 BVerfGE 47,46,83
243 Schmidt-Aßmann S. 200
244 Franz Klein, Kommentar Art. 2 GG RNr. 22 S. 172; Schmidt-Aßmann S. 200
245 Franz Klein, Kommentar Art. 2 GG RNr. 22 S. 172; BVerwG NJW 1972, 1726, 1727
246 Dietze S. 394; Erichsen, Vorbehalt S. 101; Kisker, Vorbehalt S. 1318 f; Bosse S. 351; Pieske S. 675; Hermann Weber, Urteilsanmerkung S. 599
247 Schmidt-Aßmann S. 200

Stoffen am lebenden Menschen zu Untersuchungszwecken [248], Planung und Steuerung von Sozialabläufen [249] als wesentlich und Öffnungszeiten, Katalogbenützung [250], hirnelektronische Untersuchungen [251] sowie Verbote allgemein sozialschädlichen Verhaltens [252] in bezug auf die Grundrechtsrelevanz als unwesentlich anzusehen.

Der weitgespannte Bereich der Grundrechte darf einerseits nicht hinwegtäuschen, daß es auch noch andere wesentliche Maßnahmen ohne Grundrechtsbezug gibt, wie z. B. viele "politische Verträge", die gemäß Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz in Gesetzesform zu erlassen sind [253], andererseits soll aber auch nicht durch die Hintertür ein Totalvorbehalt eingeführt werden, denn, wie bereits erwähnt, fallen unwesentliche grundrechtsbezogene Maßnahmen nicht unter den Vorbehalt, zu dessen Ermittlung auch im Rahmen der Grundrechte weitere Abgrenzungsanzeichen nötig sind.

8. Die Betroffenheit von der Maßnahme (Intensität hoheitlichen Handelns)

Bei der Abgrenzung der wesentlichen von den unwesentlichen Regelungen wird vielfach noch unter dem Einfluß der klassischen Vorbehaltslehre [254] der Ausdruck "die Intensität des Eingriffs" [255] benutzt und (wegen seines fast allumfassenden Umfanges) auf den Vorbehaltsbereich abgestellt [256]. Nicht die Qualität als Eingriff bzw. Nichteingriff ist entscheidend, wie vielfach erwähnt, sondern die Intensität als solche [257]. Sie wird als "Intensität staatlichen Handelns" [258], als "In-

---

248 Franz Klein, Kommentar Art. 2 GG RNr. 22 S. 172; BVerfG NJW 1963, 2368, 2369
249 Starck, Gesetzesbegriff S. 285
250 Schmidt-Aßmann S. 200; zu den Öffnungszeiten vergleiche nachfolgend Kapitel VIII 3.
251 Franz Klein, Kommentar Art. 2 GG RNr. 22 S. 171
252 Geitmann S. 127
253 Oppermann, Grundsätze S. C 54; auf vglb. kommunaler Ebene gehören z. B. hierzu die Partner-Städte-Verträge, ohne daß es jedoch bislang eines Satzungsbeschlusses bedurfte.
254 Rengeling, Vorbehalt S. 2219
255 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d 2 S. 432; Häberle Satzungsautonomie S. 913; Kisker, Zuständigkeiten S. 56 und 60; Listl S. 13; Niehues S. M 45 und M 62
256 Häberle, Satzungsautonomie S. 912; Kisker, Zuständigkeiten S. 60; Listl S. 13
257 Kisker, Vorbehalt S. 1319
258 Rengeling, Vorbehalt S. 2219; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64

tensität der (geplanten und getroffenen) Regelung" [259], als "Regelungsintensität" [260] oder besser aus der Sicht der Grundrechtsverwirklichung als "Intensität der Auswirkungen der Regelung für den Betroffenen" [261] und als "Maß des Grundrechtsschutzes für den betroffenen Bürger" [262] beschrieben. Aber auch die Bedeutung der Regelung für die Allgemeinheit ist bei der Intensitätsermittlung zu berücksichtigen [263].

Die geplanten oder gar getroffenen Regelungen sind unter Einbeziehung der Auswirkungen auf die Bürger [264] und die Allgemeinheit [265] auf ihre Tragweite bzw. ihr Gewicht zu untersuchen [266]. Bei der Beurteilung sind besonders die allgemeinen Lebensverhältnisse [267] und die Möglichkeit politischer Konflikte [268] heranzuziehen. Soweit der Grundrechtsbereich betroffen wird, sind ebenso wie im Polizeirecht die Schadensgefahren einschließlich des möglichen Schadensumfangs an dem Grad des wahrscheinlichen Schadenseintritts zu messen [269]. Bei der Gefahr eines großen Schadens genügt eine relativ geringe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, um die Wesentlichkeit der Regelung zu bejahen [270]. Fällt eine Maßnahme demnach unter den Vorbehaltsbereich des Parlaments, so sind die Regelungen um so bestimmter zu fassen, je schwerwiegender die Auswirkungen sich darstellen können [271]. Die materiellen "Intensitätsgesichtspunkte" wirken also auf die formellen "Gesetzespflichten" [272].

---

259 BVerfGE 49,89,127; BVerfG NJW 1979, 359
260 Erichsen, Gesetzgebung und Verwaltung S. 256
261 BVerfG NJW 1981, 1311
262 OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
263 Listl S. 13; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
264 BVerfG NJW 1979, 359
265 Listl S. 13; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
266 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d 2 und 4 S. 432 f; Knemeyer, Öffentliche Einrichtungen S. 49
267 BVerfG NJW 1979, 359
268 OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
269 Kisker, Zuständigkeiten S. 62; Listl S. 13
270 Kisker, Zuständigkeiten S. 62
271 BVerfGE 41,251,260; BVerfG NJW 1981, 1311. Die Unsicherheit über das genaue Maß der Grundrechtsrelevanz führt aber auch teilweise zu der Kritik, daß die Intensität ein "höchst unsicheres Abgrenzungskriterium" sei. So versage wegen der Vielfalt der Lebenserscheinungen bereits die Stufenlehre zu Art. 12 GG, um so mehr müsse eine solche Lehre, die für alle Grundrechte gelten soll, versagen - vergleiche Eberle S. 487 und 490
272 Häberle, Satzungsautonomie S. 912

9. Die individuelle Rechtsstellung des Betroffenen

Sie ist im Zusammenhang mit der vorerwähnten grundrechtlich geschützten Individualssphäre und seiner Betroffenheit ebenso zu sehen wie z. B. die nachfolgend noch zu erörternden verschiedenen Interessenlagen sowie die Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis. Bei ihr steht besonders das grundrechtlich zu verwirklichende Freiheits- und Gleichheitsgebot im Vordergrund, zu dessen begrenzter Relativierung nach dem Grundgesetz aus eigenen Stücken nur die Legislative berufen ist, nicht aber die Exekutive [273]. Je nach Schwere der Auswirkungen - insbesondere bei existenzieller Bedeutung [274] - hat der Gesetzgeber für Klarheit zu sorgen [275]. Beeinflußt wird diese Lage durch die fortschreitende Bewußtseinsbildung in der Öffentlichkeit und verschiedenartigen und zum Teil auch sich verändernden Interessensituationen [276].

Eine freiwillige Unterwerfung des Betroffenen als Rechtfertigung für die Ausnahme vom Vorbehaltsprinzip kann nur ganz selten bei der Beurteilung der individuellen Rechtsstellung des Betroffenen herangezogen werden, da der einzelne regelmäßig entweder sozial auf eine hoheitliche Leistung angewiesen ist, um einen sozialen Normalstandard zu erreichen, oder die Maßnahme politisch sich nicht als unbedeutend darstellen würde [277]. Rechtliche und faktische Freiwilligkeit (als Ausnahme vom Vorbehaltsprinzip) decken sich nur selten [278]. Anderes kann auch nicht aus Gründen des Selbstschutzes gelten [279], zumal gerade diese Maßnahmen die Rechtsstellung des Betroffenen sichern und somit auf ihn einwirken sollen.

Seinen Verfassungsbezug besitzt das vorliegende Abgrenzungsanzeichen in den speziellen Gesetzesvorbehalten des Grund-

---

273 Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen S. 93
274 BVerfG NJW 1981, 1311
275 BVerfGE 41,251,260
276 Niehues S. M 44; zu dem Problem der Auswirkungen einer veränderten Beurteilung im Rahmen des Vorbehalts vergleiche die Ausführungen bei 16. und Kapitel VI
277 Werner Thieme, Vorbehalt S. 85
278 Ule S. 160 mit weiteren Nachweisen
279 Starck, Gesetzesbegriff S. 294

rechtsteils, weshalb auch die Meinung vertreten wird, daß es beim (allgemeinen) Vorbehalt des Gesetzes keine große Rolle mehr spiele [280]. In der ("Übergangs"-)Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis war die persönliche Rechtsstellung des Betroffenen vorwiegend im parlamentsvorbehaltlichen Grundverhältnis angesiedelt, bei dem bereits das Ausmaß der Betroffenheit eine entscheidende Rolle genoß [281]. Überwiegend wird heute die Rechtsposition des Bürgers zu Recht als beachtliches Abgrenzungsanzeichen für den Vorbehaltsbereich des Gesetzes und dessen Bestimmtheitsgrundsatz je nach Grad der Betroffenheit angesehen [282]. Soweit bei der Einzelfalluntersuchung keine offensichtlichen Anzeichen für Geringfügigkeiten bzw. Bagatellen feststellbar sind, ist bei einer Regelung im Bereich der Individualrechtssphäre von einem Abgrenzungsanzeichen zugunsten eines Vorbehalts auszugehen. Dabei ist noch lange nicht gesagt, daß andere (gleichwertige) Abgrenzungsanzeichen - wie z. B. die Berücksichtigung des betreffenden Lebensbereiches oder die Struktur des zu regelnden Gegenstandes [283] - letztlich im konkreten Fall zum selben Ergebnis führen müssen.

10. Das Grund- und Betriebsverhältnis als Abgrenzungsmerkmal?

Günstig wäre es, wenn eine bereits bestehende Lehre für eine brauchbare Abgrenzung von wesentlichen zu unwesentlichen hoheitlichen Maßnahmen herangezogen werden könnte. Von einigen Autoren wird dabei auf Ules "Grund- und Betriebsverhältnis" verwiesen, ohne aber der Sache selbst nachzugehen.

Das Konzept diente zur Feststellung des Rechtsschutzes im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses [284]. Das besondere Gewaltverhältnis selbst wurde als ein künstliches und vorbehaltsfreies Innengebilde der monarchischen Exekutive gegen die sich ausweitenden Machtbefugnisse der Parlamente und zur

---

280 Bachof, Gesetzgeber und Verwaltung S. 226 f
281 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d 4 S. 433; Bosse S. 351; Kisker, Vorbehalt S. 1319
282 Bosse S. 351; Listl S. 12; Niehues S. M 45; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
283 Listl S. 12; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
284 Zum besonderen Gewaltverhältnis vergleiche Kapitel VII sowie Püttner, Grund- und Betriebsverhältnis S. 190 ff zur Bedeutung des Grund- und Betriebsverhältnisses für den Rechtsschutz des Bürgers

Herrschaft der Monarchen geschaffen [285]. Neben der Bezeichnung als Innenrecht fanden sich später für dieses öffentlichrechtliche Sonderverhältnis auch andere Rechtfertigungen wie z. B. die Ansicht, daß es sich um eine enge zweckhafte Verbindung zur öffentlichen Gewalt handeln würde, die mit unaufzählbaren Rechten und Pflichten verbunden sei, welche im Gegensatz zu den Zielen der Verhältnisse auch im Hinblick auf die Grundrechte weder im voraus genau vorhergesehen noch festgelegt werden könnten [286]. Für hoheitliche Maßnahmen wurden die Grenzen regelmäßig im Zweck des Sonderverhältnisses, der funktionellen Stellung der Betroffenen und der zweckmäßigen Funktionsfähigkeit der jeweiligen Einrichtung erblickt [287].

Aus rechtsstaatlichen Gründen teilt Ule das besondere Gewaltverhältnis auf in das Grundverhältnis, in dem Verwaltungshandlungen das besondere Gewaltverhältnis begründen, (substanziell) verändern oder beenden, und in das Betriebsverhältnis, bei dem sich die Rechtsbeziehungen aus der Geltung der "Betriebsordnung" ergeben, bzw. es seien Verwaltungshandlungen mit konkreten Zweckbestimmungen, Eigenheiten und tatsächlichen Erfordernissen des jeweiligen besonderen Gewaltverhältnisses [288]. Als ein weiterer Machtverlust der Exekutive unterliegen danach Maßnahmen im Bereich des Grundverhältnisses der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, ebenso die Verwaltungshandlungen im Bereich der Betriebsverhältnisse des Wehrdienstes und der geschlossenen Anstalten, während dies für betriebliche Maßnahmen des Beamtenverhältnisses und aller offenen Anstalten nicht zutrifft [289]. Mit der Unterscheidung wurde dem Grundverhältnis eine "Außenfunktion" und dem Be-

---

285 Vergleiche die Ausführungen in Kapitel II 1. und VII
286 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV b 3 S. 393 f
287 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV c 1 und d S. 396 und 401
288 Ule S. 152 und 155; Vehse S. 755
289 Ule S. 155 und 163 f. Unzutreffend dagegen die Ansichten, die einerseits meinen, Ule habe die Trennung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Bereich des Betriebsverhältnisses offengelassen (so Kellner S. 420) und andererseits annehmen, es sei beim Betriebsverhältnis zwischen zwangsweiser und freiwilliger Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses zu differenzieren, anstatt zwischen offenen und geschlossenen Anstalten, - weil von Freiwilligkeit praktisch nur in wenigen Ausnahmefällen gesprochen werden kann (vergleiche auch Ule S. 159 f, anders dagegen Salzwedel § 44 IV S. 425 f und Werner Thieme, Vorbehalt S. 83).

triebsverhältnis eine "Binnenfunktion" zugesprochen [290].

Neben den Autoren, die global für Ules Konzept zur Abgrenzung des Vorbehaltsbereichs eintreten [291], weisen andere auf Verfeinerungen hin, um es nutzbar zu machen: Bei der Differenzierung werde nicht nur auf die Form der Maßnahme abgestellt, sondern auch - im Hinblick auf die Grundrechte - auf die (materielle) Wirkungsweise [292]. Der Zweck müsse normativ umschrieben oder durch entsprechende Generalklauseln abgedeckt werden, während die nähere Ausgestaltung Sache der Verwaltung sei, wobei nur die Sorge der hinreichenden Bestimmtheit bestehe, um Maßnahmen für den Betroffenen berechenbar zu machen [293]. - Die nachfolgende Eröterung des Grund- und Betriebsverhältnisses darf aber nicht mit der in der Literatur häufig auftretenden Frage verwechselt werden, ob dieses Konzept noch anwendbar sei, denn in ungleich größerem Maße wird dieses vorwiegend von seinen Befürwortern beim Rechtsschutz, insbesondere bei der Bestimmung eines Verwaltungsaktes (unmittelbare Außenwirkung) bzw. bei der eventuellen Klageart, und bei den immanenten Grundrechtsschranken angeführt [294].

Der Zweck des jeweiligen besonderen Gewaltverhältnisses ist ein zentraler Punkt. Mit der Verwirklichung des angestrebten Zieles würden alle Maßnahmen - einschließlich solcher des Grundverhältnisses - gerechtfertigt, das Grenze und Grundlage des Handelns darstelle [295]. Zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit müsse deshalb der Begriff "wesentlich" eng ausgelegt werden [296]. Die Funktionsfähigkeit würde bei allzu detaillierten gesetzlichen Vorgaben gefährdet sein, während Generalklauseln mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensvorschriften der Exekutive genügend Freiraum ließen und auch

---

290 Kellner S. 419
291 Kempf S. 704; Pietzcker S. 344; Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 814
292 Salzwedel § 44 IV S. 426
293 Salzwedel § 44 III S. 424
294 Vergleiche Merten S. 63 ff; Püttner, Grund- und Betriebsverhältnis S. 192 f; Ronellenfitsch, Besonderes Gewaltverhältnis als Verwaltungsinstitut S. 45 ff; derselbe, Besonderes Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht S. 681 ff; Schenke, Rechtsschutz S. 83 ff
295 So Werner Thieme, Vorbehalt S. 83 und 85, bei dem der Zweck aber gesetzlich festgeschrieben sein muß; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 V d und VI b S. 400 f
296 Dietze S. 394

dem (Gemeinschafts-)Vorbehalt aller Grundrechte genügen würden [297]. Bei der Auslegung der Generalklauseln werde der allgemeine (Gemeinschafts-)Vorbehalt der Grundrechte durch das Kriterium der "Funktionsfähigkeit" des jeweiligen Gewaltverhältnisses konkretisiert [298].

Das Konzept des Grund- und Betriebsverhältnisses zur Abgrenzung des Vorbehaltsbereiches [299] oder zur Ermittlung des Bestimmtheitsgebotes [300] zu verwenden, wird aber auch mit Recht erheblich kritisiert: Die Anhänger des Konzepts verweisen auf die Werte "Leistungsfähigkeit der Verwaltung" und "Schlagkraft der Exekutive" oder meinen, es gebe andere und bessere Formen als die Einschaltung des Parlaments, womit sie zu einem anderen verfassungspolitischen Vorverständnis gelangen als das des Bundesverfassungsgerichts [301]. Es gibt weder optimale bzw. griffige Kriterien für die Unterscheidung noch einen theoretischen Anhaltspunkt für die Begründung einer These zugunsten des Grund- und Betriebsverhältnisses (beim Vorbehalt des Gesetzes), weshalb sich beim Vorbehalt des Gesetzes eine Unterscheidung nach dem Grund- und Betriebsverhältnis als untauglich erweist [302]. Auch die betriebsbezogenen Maßnahmen treffen den einzelnen, wobei es häufig nur graduelle Unterschiede gibt, ob vorwiegend das zum persönlichen Rechtskreis gehörende Grundverhältnis oder das Betriebsverhältnis berührt wird [303]. Die Abgrenzung vom Binnen- zum Außenbereich hat sich durch das "Hineinwandern" der subjektiven Rechte des einzelnen in den Verwaltungsinnenbereich in den letzten Jahren "ins nahezu Undefinierbare"

---

297 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939
298 So Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 941
299 So aber Dietze S. 394
300 So Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939; derselbe, Besonderes Gewaltverhältnis als Verwaltungsinstitut S. 41 ff; derselbe, Besonderes Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht S. 781 ff. Über die "Regelungsdichte" (gemeint ist damit das Bestimmtheitsgebot) wird letztlich bei der konkreten Anwendung durch die zu "vagen" Generalklauseln (so will Ronellenfitsch in diesem Bereich einen neuen und erweiterten Grad der Regelungsdichte wegen eines exekutiven Funktionsbereiches zulassen - vergleiche Das besondere Gewaltverhältnis S. 44 f) kaum anders verfahren als bei der Abgrenzung des Vorbehaltsbereichs, weshalb die nachfolgende Kritik ebenso für das Bestimmtheitsgebot zutrifft. Ohne nähere Begründung zieht Merten S. 75 vergleichbare Konsequenzen.
301 Fuß, Kontaktverhältnisse S. 768 mit weiteren Nachweisen
302 Rupp, Zeugnisnoten S. 90
303 Obermayer, Verwaltungsakt S. 162 f

verschoben, wie die Beispiele der örtlichen, sachlichen und instanziellen Zuständigkeiten, der Heilung bestimmter Verfahrensmängel der Ausgangsbehörde durch die sachfernere Widerspruchsbehörde, der Einholung von personenbezogenen Daten für Informationszwecke der Verwaltung (Stichwort Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts) zeigen [304]. Zudem wenden sich heute mehr als die Hälfte der Gesetze an den staatlichen Innenbereich (und nur zum geringeren Teil unmittelbar an die Bürger), um den politischen Willen der Legislative durchzusetzen [305]. Inwieweit die Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis heute noch beim Rechtsschutzbedürfnis anzuwenden ist, mag für das Problem der Abgrenzung des Vorbehaltsbereiches dahingestellt bleiben, im Bereich des Vorbehalts hat sie jedoch nicht überzeugen können [306].

Diese Kritik trifft auch diejenigen Autoren, die die Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis verfeinern. Sie verändern die Lehre mit ihren generalklauselartigen Zweckbestimmungen nur wenig und legen zuviel Wert auf die Funktionsfähigkeit, die ebenso gut von den Parlamenten gewährleistet werden könnte, anstatt den Grundrechten und den Verfassungsleitprinzipien zur Geltung zu verhelfen. Gerade das Argumentieren mit Effizienzgedanken [307], wie etwa die Leistungsfähigkeit und die Funktionsfähigkeit, ist in der Rechtswissenschaft nicht ungefährlich, denn der Gedanke setzt die Rechtmäßigkeit, also auch die Frage des Vorbehalts, voraus, und erst danach kann es zu Nutzwert- bzw. Wirtschaftlichkeits- und Leistungsfähigkeitsüberlegungen kommen [308]. So ist es meistens falsch, in Katastrophenfällen zu sagen, man wolle schnell und unbürokratisch helfen, denn schnell und gleichzeitig rechtmäßig zu handeln, ist wegen der heute vorhandenen Regelungsdichte selten möglich [309]. Die Lehre heißt wegen der vielfältigen Kritik dann teilweise nicht mehr besonderes Gewaltverhältnis, sondern öffentlich-

---

304 Hufen S. 251 f; auch Maurer S. 257 stellt eine Verringerung dieses "Arkanbereiches" der Exekutive fest.

305 Vergleiche Ellwein S. 1117 und 1122 mit Zahlenangaben für das Bundesland Nordrhein-Westfalen von 1978 bis 1980

306 Kisker, Vorbehalt S. 1319; Püttner, Grund- und Betriebsverhältnis S. 192 f tritt beim Rechtsschutzbedürfnis uneingeschränkt für die Anwendung der Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis ein.

307 Vergleiche dazu nachfolgend 20.

308 Wagener S. 273; a. A. Kopp, Grenzen S. 673 ff, der die Verwaltungseffizienz als eine rechtliche Grenze sieht

309 Wagener S. 273

rechtliche Sonderverbindung oder Sonderordnung [310]. Diese Bezeichnungen beschreiben den Bereich der vielfältigen Staat-Bürger-Beziehung sehr zutreffend und gegen diese Begriffe ist auch nichts einzuwenden, soweit damit nicht versucht wird, die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis bzw. vom Grund- und Betriebsverhältnis als Ausnahme vom Vorbehaltsprinzip mit einem neuen Etikett zu rechtfertigen. Mit der Formulierung, daß der Interessenausgleich durch das Parlament um so mehr verliere (und damit der Vorbehalt des Gesetzes nicht gelte), je zwingender eine bestimmte Regelung durch die Sachstrukturen des Regelungsbereiches geboten sei [311], wird letzten Endes ebenfalls der oben kritisierte Gedanke der Funktionsfähigkeit bzw. der Leistungsfähigkeit bestätigt.

Der Lehre lastet, wie ebenfalls in Kapitel II 1. und VII ausgeführt, das monarchische Machtetikett des grundrechtsfeindlichen besonderen Gewaltverhältnisses gleichfalls an. Ihre praktischen Ergebnisse hängen häufig einerseits von historischen Zufälligkeiten ab, und andererseits fehlt es ihr an einer verfassungsrechtlichen Verankerung. Somit wird verständlich, wenn einige Autoren ohne nähere Begründung diese Lehre für den Vorbehalt des Gesetzes als untauglich erachten [312] oder ihr als "Fremdkörper in unserem rechtsstaatlichen und demokratischen Verwaltungsrecht endlich den Garaus zu machen" [313] versuchen oder jede Art der Rückkehr zur Lehre vom sog. "besonderen Gewaltverhältnis" verhindern wollen [314]. Als Abgrenzungsanzeichen für die Unterscheidung

---

310 Vergleiche die Nachweise bei Breuer, Anstalt S. 220, der darauf hinweist, daß die Verknüpfung mit dem besonderen Gewaltverhältnis auf dem Rechtsinstitut der Anstalt als eine "diskretitierende Hypothek" laste (ebenso auf Seite 244 Leitsatz 7); Denninger, Anstalt S. 285 meint, daß das besondere Gewaltverhältnis vom Bundesverfassungsgericht zwar verabschiedet, aber keinesfalls tot sei, jedenfalls feiere es in der Sache noch immer wieder fröhliche und unfröhliche Urstände.

311 So Eberle S. 491 mit weiteren Nachweisen zum Teil auf die Rechtsprechung, die jedoch nicht eine "um-so-mehr-Folgerung" zieht, sondern nur allgemein auf die jeweilige Eigenart des Regelungsgegenstandes bzw. des Sachgebietes hinweist.

312 Brohm, Verwaltungsvorschriften S. 251; Erichsen, Verwaltungsrecht S. 245

313 Fuß, Kontaktverhältnisse S. 774

314 Müller-Dietz S. 1162

von wesentlichen und unwesentlichen hoheitlichen Maßnahmen kann daher die Lehre vom Grund- und Betriebsverhältnis nicht dienen.

11. Bedürfen Organisations- (einschließlich Verfahrens-) Regelungen grundsätzlich keiner Entscheidung durch das Parlament (bzw. das kommunale Repräsentativorgan)?

In weiten Teilen umfassen die Organisationsregelungen den vorerwähnten Bereich des Betriebsverhältnisses. Zu den Fragen des "Organisations"-Vorbehalts werden teilweise dieselben Argumente wie beim vorangehenden Titel vorgebracht.

Es besteht die Meinung, daß die Exekutive selbst wichtige Organisationsrechtssätze erlassen könne [315], soweit der Gesetzgeber selbst keine Regelung getroffen habe [316]. So bedürfe der moderne Staat einer Verwaltung mit einer gewissen organisatorischen Elastizität, um sich den häufig wechselnden Erfordernissen anpassen zu können, die verloren ginge, wenn man ihr die in der Organisationsgewalt liegende Befugnis nehmen würde [317]. Die Organisationsgewalt ermächtige die Exekutive zur Selbstgestaltung [318], die seinerseits keiner besonderen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Grundlage bedürfe [319]. Trotz Aufteilung der Gewalten besitze die Verwaltung ein Stück Organisationsgewalt, die es ihr erlaube, ihre Organisation intern zu regeln, zu der sie keine verfassungsrechtliche Legitimation benötige [320]. - Diese Ansichten stützen sich einerseits - wie im vorangehenden Titel - zu sehr auf die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Verwaltung und weisen daher zum Teil dieselben Mängel auf, indem sie insbesondere die parlamentarische Arbeit, die Bedeutung der Grundrechte und die Verfassungsleitprinzipien unterschätzen sowie eine verfassungsrechtliche Verankerung vermis-

315 Peters, Organisationsgewalt S. 250; Starck, Gesetzesbegriff S. 274
316 Peters, Organisationsgewalt S. 249 f
317 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 347; in gleichem funktionalen Sinne Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939 und 941
318 Köttgen, Die Gemeinde S. 82 f
319 Merk, Organisationsgewalt S. 252
320 Peters, Organisationsgewalt S. 248 f

sen lassen. Andererseits widerspricht die Institution der Organisationsgewalt, wie unten in Kapitel VII dargelegt, rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen. Der Organisationsgewalt kommt heute keine "rechtssetzende Funktion" mehr zu, denn letztlich unterliegt die Exekutive dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung [321]. Pauschale Organisationsermächtigungen erweisen sich hierzu als unzureichend [322]. Die Regelung bedeutsamer bzw. grundsätzlicher organisatorischer Angelegenheiten gehört demnach zur Aufgabe der Parlamente [323].

Dagegen wird behauptet, das Parlament könne seine Aufgabe nur wahrnehmen, wenn es insbesondere von den technischen Fragen entlastet werde [324]. Insbesondere im Bereich der öffentlichen Anstalten besitze der Experte und der Techniker aus der Natur der Sache eine relativ wichtigere Rolle als im Bereich der übrigen Verwaltung, weshalb der Staat oder die Kommunen zwar anordnen könnten, daß - aber nicht wie bestimmte sachlich-technische Verrichtungen zu vollziehen seien [325]. Eine gesetzliche Festschreibung von technischen Sicherheitsstandards würde allzu leicht verhindern, daß diese fortlaufend an die technische Entwicklung angepaßt würden, obwohl die Anpassung gerade unter dem Gesichtspunkt eines dynamischen Grundrechtsschutzes geboten sein könne [326]. - Auch diese Erwägungen stehen im Zusammenhang mit der Leistungs- und Funktionsfähigkeit von Verwaltungsteilen. In einer modernen Industriegesellschaft besitzen sachlich-technische Entscheidungen regelmäßig einen hohen Stellenwert, die sich unmittelbar oder mittelbar - z. B. über eventuelle Abgaben oder bestimmte Verhaltensweisen - auswirken können. Zu nennen sind dabei besonders die Gesichtspunkte der Sicherheit, der Gesundheit und der Umwelt - wie z. B. auf kommunaler Ebene der Brandschutz, die Wasserqualität in Bäderanstalten sowie der Wasserversorgung und der Entwässe-

---

321 Hamann, Organisationsgewalt S. 3 f
322 Niehues S. M 52 f und M 63
323 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 277; Pfeifer S. 260
324 Geitmann S. 134; in ähnliche Richtung tendierend Kisker, Vorbehalt S. 1318 und Maurer S. 232
325 Gröttrup S. 167
326 Eberle S. 492; BVerfGE 49,89,137ff

rung. Die Parlamente berücksichtigen dagegen nicht nur die Interessen eines einzelnen Verwaltungsteiles, sondern auch andere mit der Entscheidung in Zusammenhang stehenden Verwaltungsteile sowie - unabhängig davon - sonstige Prioritäten und versuchen, in ihren Entscheidungen die Interessen der Bevölkerung zu integrieren. Soweit in Einzelfällen aus der Natur der Sache der Experte und der Techniker einer größeren Entscheidungsfreiheit bedürfen, schlägt sich dies auf den Grad des Bestimmtheitserfordernisses nieder [327]. Aber es stehen sich in diesen Bereichen häufig auch zwei gegensätzliche Komponenten gegenüber, nämlich einerseits die gute Sachkenntnis des Technikers seitens der Exekutive und andererseits die Frage der Bereitschaft zum Risiko neuer Technologien, die für eine politische Bewertung und Entscheidung durch die Legislative spricht [328]. Der sachlich-technische Bereich bietet also letztlich keine Differenzierungsmöglichkeit zur Abgrenzung wesentlicher Entscheidungen.

Vielfach bezieht sich die differenzierende Ansicht nur auf den organisatorisch-technischen Teil als sog. Innenbereich der Exekutive, der auch mit Organisations- und Verfahrensrecht beschrieben wird [329]. Für sie spricht der Rechtsgrundsatz, daß es innerhalb eines Rechtssubjektes, also im Innenbereich, kein Recht gibt [330]. - Diese Meinung übersieht aber, daß sowohl äußere als auch innere organisatorische Angelegenheiten Grundrechtsrelevanz aufweisen können, was besonders im Schulwesen ersichtlich wird [331]. Das ("innere") Organisations- und Verfahrensrecht bringt erst das ("äußere") materielle Recht zur Realisierung und wirkt damit als Medium unmittelbar auf die materiellen Rechte und Pflichten ein

---

327 Vergleiche Erichsen, Gesetzgebung und Verwaltung S. 256

328 Rottmann S. 279, der dann einen Vorbehalt des Gesetzgebers annimmt.

329 Erichsen, Vorbehalt S. 101, Jacobi S. 251; Merk, Organisationsgewalt S. 251, der im Außenverhältnis auf die unmittelbare Betroffenheit abstellt; zu dieser Unterscheidung vergleiche 12.; zur Unterscheidung von Außen- und Innenrecht vergleiche insbesondere Kapitel VIII Anmerkung 1

330 Brohm, Verwaltungsvorschriften S. 240, der aber selbst gegen die Differenzierung ist (S. 247) - vergleiche auch Anmerkung 338

331 Maurer S. 164; Oppermann, Grundsätze S. C 55; Pieske S. 675

[332]. Das formelle (Organisations- und Verfahrens-)Recht ist also derart mit dem materiellen Recht verknüpft, daß es sich aus rechtlichen Gründen nicht aus dem Vorbehaltsbereich herauslösen läßt [333]. Im Grundgedanken des Verwirklichungsmodus ist die spezielle Nähe und wechselseitige Abhängigkeit zwischen materieller Regelung und Verfahrensrecht immer schon mitbedacht worden [334]. So wirken die Grundrechte auf das Verwaltungsverfahren in ihren verschiedenen Ausprägungen als Eingriffsschranke, als Element objektiver Ordnung, als Schutzverpflichtung oder als Grundlage von Teilhabeansprüchen ein [335]. In den Grundrechten steckt zudem die Garantie, daß das Recht durch Verfahren zur Verwirklichung gelangen soll [336]. Das Organisations- und Verfahrensrecht dient also zur Konkretisierung, Spezialisierung und Individualisierung von häufig in ihren Auswirkungen noch unscharfen Rechten und Interessen [337]. Es ist ein wichtiger Teil der staatlichen Gesamtrechtsordnung und bedarf schon deshalb keiner anderen Legitimation als das sonstige Recht [338]. Das ehemalige (vorbehaltsfreie) monarchische Innenrecht kann und darf auch nicht als Organisations- und Verfahrensrecht über die Abgrenzungsanzeichen bei der Wesentlichkeitstheorie einziehen und damit ein neues vorbehaltsfreies und grundrechtsfeindliches Machtimperium der Exekutive begründen.

Demnach sind insbesondere die grundsätzlichen Regelungen über Zuständigkeiten und Verwaltungsverfahren durch den Gesetzgeber selbst zu treffen [339], was auch im Bereich der Leistungsverwaltung zu gelten hat [340]. Gerade in den letzten Jahrzehnten wurden Zuständigkeiten und Verfahren in zunehmendem Maße normiert [341]. Aus dem Regelungsverbot der Exekutive

---

332 Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 614
333 Maurer S. 164; a. A. Ossenbühl, Verwaltungsvorbehalt S. 207
334 Wahl S. 171 f
335 Wahl S. 166 f und 189
336 Pietzcker, Verwaltungseffizienz S. 207; Schenke, Verwaltungseffizienz S. 274
337 Wahl S. 188
338 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d S. 432; Bosse S. 351; Brohm, Verwaltungsvorschriften S. 247
339 Hamann, Organisationsgewalt S. 4; Listl S. 13; Pfeifer S. 260 f; BVerfGE 40,237,250
340 Rottmann S. 291; gegen die Unterscheidung von Eingriffs- zur Leistungsverwaltung - vergleiche Kapitel IV; a. A. BVerfGE 8,155,167; 48,210,222

folgt aber nicht, daß der Gesetzgeber alle Einzelheiten zu bestimmen hat [342]. Je folgenschwerer die materiellen Auswirkungen für den Betroffenen und die Allgemeinheit sein können, um so mehr hat der Gesetzgeber für Klarheit sowohl auf der materiellen als auch auf der formellen Seite zu sorgen [343]. Bei den grundsätzlichen Angelegenheiten werden in der Literatur z. B. die Art der Einrichtung (umstritten), die fachliche Qualifikation seiner Bediensteten (umstritten) [344], die Aufsicht [345], die Errichtung neuer oder Veränderung oder Aufhebung alter Ämter, Körperschaften oder Anstalten [346] genannt. Für einige Autoren gehören gar die Vorlage- und Mel-

---

341 BVerfGE 8,155,167; 40,237,250; rechtliche Schlußfolgerungen sind aber aus diesen Tatsachen nicht zu ziehen.

342 Listl S. 13; BVerfGE 40,237,250; a. A. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 269 f, der in der Vielzahl organisatorischer Regelungen und speziellen Vorbehalten in den Landesverfassungen den "allgemeinen organisatorischen" Parlamentsvorbehalt bestätigt sieht.

343 BVerfGE 41,251,260

344 Pfeifer S. 260; a. A. Merk, Organisationsgewalt S. 251, der es dem Behördenchef unabhängig von haushaltsrechtlichen Beschränkungen überläßt, wie er seine Verwaltung gliedert, welche Qualifikationsart von Bediensteten er einstellt, bzw welche neuen Stellen er schafft. (Im Ergebnis wie Merk wohl auch Hamann, Organisationsgewalt S. 4.) Eine derartige Befugnis der Verwaltungsspitze kann erhebliche Auswirkungen auf die materiell beabsichtigte Zielsetzung und finanziellen Belastungen besitzen. Nach Maurer S. 164 ist die Einrichtung einer Behörde eine Angelegenheit der Exekutive; nach Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 197 darf in die Personalhoheit der Exekutivspitze der Gesetzgeber nicht eingreifen.

345 Niehues S. M 52 f

346 Kopp, Verwaltungsbehörden S. 268; Merk, Organisationsgewalt S. 251; Pieske S. 675. Nach Breuer S. 235 bedarf es bei "voll- und teilrechtsfähigen Anstalten" eines Gesetzesaktes, während bei nichtrechtfähigen Anstalten ein schlichter Organisationsakt genügt (ebenso Becker S. 154 zu den nichtrechtsfähigen Anstalten). Lange S. 306 unterscheidet bei nichtrechtsfähigen Anstalten nach dem Grad der Verselbständigung, ob ein Gesetz notwendig ist (nach Artikel 87 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz) oder nicht. Für Erichsen/Knoke S. 55 ist der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes entscheidend, wonach ein Legislativakt dann notwendig ist, wenn es sich um eine grundrechtsrelevante Regelung von nicht unerheblichem Umfange handelt, wozu insbesondere die Schaffung neuer Verwaltungsträger oder Behörden zählt, und diese Gestaltung ebenfalls bei unselbständigen Einrichtungen anzunehmen sei, sofern Zuständigkeitsverlagerungen zu einem Wechsel in der demokratisch-parlamentarischen Kontrolldichte führen oder wenn dadurch eine Verringerung der demokratisch-parlamentarischen Kontrolldichte entsteht; dieser Ansicht ist meines Erachtens zuzustimmen.

depflichten, denen der Betroffene an einem bestimmten Ort oder im Gebäude einer Verwaltung nachzukommen hat, hierzu [347]. Dagegen wird überwiegend anerkannt, daß auf der Ebene der Ministerialorganisation auch politisch bedeutsame Regelungen durch die Regierungen getroffen werden können, die legislativer Regelung verschlossen sind, denn andernfalls würde diese einen Identitätsverlust der Exekutive nach sich ziehen [348].

Dem einzelnen ist heute zwar bewußt, daß die konkrete Lage, Örtlichkeit und Ausstattung der Verwaltung mit ein Element des Rechtsverhältnisses zum Staat (oder zur Kommune) sein kann [349]. Eine solche Überzeugung als eines von mehreren (wesentlichen) Elementen eines Rechtsverhältnisses erfordert deshalb einen politisch integrierenden Rechtssatz des zuständigen Parlaments [350]. Solches kann aber, wie bei Kapitel VIII 4. zu ersehen ist, auch durch förmliche Planungsbeschlüsse der Parlamente geschehen bzw. mittels weiterer formloser Beschlüsse. Die untergeordneten (unwesentlichen) organisatorischen Maßnahmen sollten die Parlamente dagegen schon wegen ihrer funktionsfähigen Arbeitskapazität und damit zur eigenen Entlastung regelmäßig den Entscheidungen der Exekutive überlassen [351].

Dem "Organisationsmerkmal" mangelt es auch für viele Fälle an einer praxisnahen begrifflichen Konturenschärfe [352], zumal es sich nicht logisch-begrifflich, sondern historisch-konventionell anhand entsprechender Interessenlagen und Machteinflüsse entwickelte [353]. Die Grundrechtsgestaltung übt dabei leider nicht den entscheidenden Einfluß aus [354]. Das Recht der Exekutive zur eigenen Ausgestaltung ist letztlich begrenzt, sobald es mit grundrechtlichen Positionen in

---

347 Schwabe, Zuständigkeiten S. 116
348 Maurer S. 164 und Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 192 jeweils mit weiteren Nachweisen; vergleiche auch Artikel 65 Satz 4 Grundgesetz
349 Kopp, Verwaltungsbehörden S. 268
350 Kopp, Verwaltungsbehörden S. 268; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 270
351 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30
352 Bosse S. 351
353 Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze S. 125
354 Oppermann, Grundsätze S. C 55; VGH Baden-Württemberg DVBl 1975, 438, 440

Berührung kommt [355] oder sonst von allgemeiner Bedeutung ist. Der organisatorische Spielraum der Exekutive ist daher entgegen früheren Anschauungen eng begrenzt [356], weshalb sich das Merkmal nicht als Abgrenzungsanzeichen im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie eignet. Im Rahmen des Bestimmtheitsgebotes muß allerdings vielfach im Hinblick auf die Verwaltungsflexibilität bzw. auf die sachgerechte Effektivität der Exekutive eine größere Bewegungsfreiheit eingeräumt werden [357]; eine mit der "planerischen Gestaltungsfreiheit" vergleichbare "organisatorische Gestaltungsfreiheit" ist dagegen fehl am Platze [358].

12. Gehören unmittelbare Rechtsfolgen regelmäßig zu den wesentlichen hoheitlichen Entscheidungen?

Die vorstehend bei 10. und 11. erwähnten Betriebsverhältnisse und Organisationsregelungen gehören weitgehend nicht zu den unmittelbaren, sondern zu den mittelbaren Rechtsfolgen hoheitlicher Maßnahmen (und zählen somit auch hier nicht zu den erörterungswürdigen Elementen der Wesentlichkeitstheorie). Es wird behauptet, daß nur die unmittelbaren ("Be"-) Wirkungen hoheitlicher Regelungen auf ein anderes Rechtssubjekt gerichtet, d. h. unmittelbar in den Rechtskreis des Bürgers eingreifend, zum Vorbehalt des Gesetzes gehören könnten [359]. Bei ihnen sei ein "unmittelbarer Verfassungsvollzug" [360] im Verhältnis Staat - Bürger gegeben [361]. Besonders durch Auferlegung von Pflichten werde ein solches Resultat erzielt [362]. Auf diesem Gebiet stehe der Verwaltung auch dann kein vom Gesetzgeber unabhängiges Handlungsrecht

---

355 Norbert Henke S. 611, der aber aus seiner historischen Sicht das sich ausweitende Rechtsbewußtsein der Bevölkerung im Rahmen der vorerwähnten Rechtsbeziehungen zum Staat (vgl. Anm. 349 und 350) nicht genügend beachtet.
356 Hamann, Organisationsgewalt S. 4
357 Maurer S. 164
358 Vergleiche die Ausführungen bei Kapitel VII 7.
359 Erichsen, Vorbehalt S. 102 spricht von Bewirkungen; Merk, Organisationsgewalt S. 251; Schenke, Vorbehalt S. 556 Anm. 10; BVerfGE 40,237,249; BVerwG NJW 1972, 1726, 1728; BGHZ 23,157,162; VGH Kassel NJW 1976, 1856, 1857; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
360 Krebs, Vorbehalt und GG S. 104
361 Erichsen, Vorbehalt S. 102
362 Merk, Organisationsgewalt S. 251

zu, selbst wenn das Parlament durch den Etat konkludent zustimme oder sie dazu ermuntere oder gar beides [363]. - Teilweise wird als zusätzliche Voraussetzung neben der unmittelbaren Rechtswirkung bei Leistungsverhältnissen ein subjektives öffentliches Recht des Bürgers verlangt, das aber regelmäßig zu bejahen sei, soweit Interessen des einzelnen berührt werden, weil eine Vermutung dafür spreche, daß eine Rechtsnorm dem Bürger auch subjektive Rechte gebe [364].

Diese Meinungen erinnern stark an den klassischen Eingriffsvorbehalt, ebenso an das Rechtsschutzbedürfnis und den Verwaltungsaktsbegriff [365]. Einzelfälle werden oftmals am unmittelbaren Eingriff erörtert, z. B. in das Recht der Artikel 2, 6, 7, 12 und 14 Grundgesetz [366]. Unter dem Einfluß der Verfassungsleitprinzipien [367], insbesondere des Demokratiegrundsatzes, soll das Unmittelbarkeitskriterium losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal "Eingriff" angewendet werden [368].

Aber stellt sich bei dem Unmittelbarkeitskriterium nicht die Frage, weshalb unmittelbare Maßnahmen, die nur mäßige Bedeutung besitzen, unter den parlamentarischen Vorbehaltsbereich fallen, während große praktische Gestaltungen, die den Bürger zwar nur mittelbar, dagegen um so intensiver treffen, eine allgemeine Angelegenheit der Exekutive sein dürfen [369]? Ein Beispiel dafür ist die in Kapitel IV 17. aufgeführte mittelbare Belastung durch mittelbare oder unmittelbare Begünstigung anderer [370]. Schon diese Fragestellung zeigt, daß eine derart streng differenzierende Unmittelbarkeitslehre nicht dem Grundgedanken der Wesentlichkeitstheorie entspricht. Die Unterscheidung von mittelbar und unmittelbar weist zudem

---

363 Ossenbühl, Praxis S. 30
364 Kopp, Verwaltungsbehörden S. 268 insbesondere Anm. 2 und 3
365 Vergleiche VGH Baden-Württemberg DVBl 1975, 438, 439; Kopp, Verwaltungsbehörden S. 268 insbesondere Anmerkung 2 und 3
366 Knemeyer, Öffentliche Einrichtungen S. 51; BVerwG NJW 1972,1726,1728; BGHZ 23,157,162; VGH Kassel NJW 1976, 1856, 1857
367 Vergleiche insbesondere das vorangehende Kapitel IV
368 BVerfGE 40,237,249; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
369 Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 205
370 Vergleiche auch Spanner, Verwaltungsrecht S. 13

noch weitere Schwachstellen auf: Die Schwierigkeiten bei der Grenzziehung sind unverkennbar [371]. Die Abgrenzung ist nicht logisch-begrifflich, sondern historisch-konventionell geprägt [372].

Trotz aller Kritik hat dieses Merkmal in der Vergangenheit anhand grundrechtlicher Positionen gute Dienste für die Vorbehaltslehre geleistet. Die Wesentlichkeitstheorie als maßvolle Erweiterung der klassischen Eingriffslehre kann in abgeschwächter Form von ihm profitieren, wie dies in Einzelfällen der Vergangenheit bereits teilweise geschehen ist [373]. Danach sollten hoheitliche Maßnahmen mit unmittelbaren Auswirkungen auf den einzelnen, soweit sie sich nicht als eine offensichtliche Bagatelle oder sonstige leicht erkennbare geringfügige Regelung darstellen, nicht als strenges Kriterium zur Abgrenzung des Vorbehaltsbereichs gewertet werden, sondern nur als Anzeichen, während zu Regelungen mit unmittelbaren Auswirkungen das Unmittelbarkeitsmerkmal keine Wertigkeit enthält. Das Merkmal ist also nur ein Anzeichen für, aber nicht gegen den ausschließlichen Vorbehaltsbereich des Parlaments [374].

Gerechtfertigt ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz mit der direkten persönlichen Betroffenheit des einzelnen, die regelmäßig stärker empfunden wird, eher bekannt und abschätzbarer ist als die mittelbare Regelung - und sich damit grundsätzlich für den Bürger (durch sein Interesse) als "wesentlich" darstellt. Mittelbar wirkende Maßnahmen haben dagegen häufig auf mehreren Gebieten Auswirkungen, die vielfach von ihrer Bedeutung her nicht aus der Sicht des einzelnen, sondern aus der Sicht der Gemeinschaft zu beurteilen sind, und deren Folgen zeitweise nur der Experte abschätzen kann. Gerade der unterschiedliche Blickwinkel rechtfertigt es, die mittelbaren Regelungen nicht als "unwesentlich" abzuwerten.

---

371 Schenke, Vorbehalt S. 556
372 Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze S. 125
373 Vergleiche BVerfGE 13,181,185f, die nicht auf die Unmittelbarkeit, sondern auf die tatsächlichen (auch mittelbaren) Auswirkungen abstellt.
374 Im Ergebnis mit vergleichbarer Schlußfolgerung (die aber wohl eher von einer strengen Abgrenzung als von einem Abgrenzungsanzeichen ausgehen): Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 715; BVerfGE 13,181,185f

Als Ergebnis ist trotz aller Kritik festzuhalten, daß die unmittelbaren hoheitlichen Maßnahmen, die die Grundrechte des einzelnen berühren, als (allerdings geringwertige) Abgrenzungsanzeichen für einen ausschließlichen Vorbehaltsbereich des Parlaments zu betrachten sind, sofern es sich nicht nur um eine offensichtliche Bagatelle oder sonstige leicht erkennbare geringfügige Regelung handelt, während zu lediglich mittelbaren Regelungen keine Wertigkeit getroffen ist.

13. Die Bedeutung der Gemeinschaftsinteressen als Abgrenzungs-Anzeichen

Überwiegend standen bei den vorangehenden Erörterungen die (grundrechtlichen) Individualinteressen im Vordergrund. Aber auch die Gemeinschaftsinteressen haben nicht nur Bedeutung bei den immanenten Grundrechtsschranken, sondern auch bei der Wesentlichkeitstheorie: In verschiedenen Formen mußten sie als Rechtfertigung bestimmter Entscheidungen herhalten, z. B. als Funktions- und Leistungsfähigkeit institutioneller Einrichtungen oder als Vorrang gegenüber privaten Interessen, um eine Ausnahme vom Vorbehalt des Gesetzes zu ermöglichen. Nach der Wesentlichkeitslehre bedürfen dagegen hoheitliche Maßnahmen, denen bedeutende Gemeinschaftsinteressen zugrunde liegen, einer parlamentarischen Regelung [375]. Verantwortlich dafür ist das demokratische Element des Vorbehalts [376]. So obliegt es dem Parlament, das Gemeinschaftsleben mit seiner Bedeutung je nach Situation unterschiedlichen Tragweite und unterschiedlichem Gewicht auszugestalten [377]. In seiner demokratischen Leit- und Lenkungsfunktion hat es z. B. über die weitreichenden Gemeinschaftskompromisse oder über bedeutende Abgrenzungen der individuellen von den öffentlichen Interessen zu entscheiden [378]. Gerade durch diese Konfliktsregelung der wesentlichen Spannungsverhältnisse [379] erlangen die Parlamente ihre demokratisch wirkende Integrationsfunktion, die für ein möglichst optimales Gemeinschaftsleben fruchtbar und unerläßlich ist.

---

375 Kisker, Zuständigkeiten S. 60; Listl S. 13 und 15; Niehues S. M 45; Rengeling, Vorbehalt S. 2219; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
376 Niehues S. M 45
377 Rengeling, Vorbehalt S. 2219
378 Niehues S. M 45
379 Niehues S. M 45; BVerfGE 47,46,83

Gelegentlich wird bei den Interessenkonflikten entweder generell den Individualinteressen [380] oder den Gemeinschaftsinteressen [381] der Vorrang eingeräumt. Wenn in unserer Wertordnung tatsächlich ein solcher Vorrang zu erkennen ist, dann muß sich ein solcher bei den Abgrenzungsanzeichen der Wesentlichkeitstheorie widerspiegeln. Zugunsten der ("rechtsstaatlichen") Individualinteressen läßt sich die Grundrechtsverwirklichung benennen, während für die ("demokratischen") Gemeinschaftsinteressen die Funktions- und Leistungsfähigkeit des Staates mit seiner Exekutive, die Integrationsfunktion der Parlamente sowie die Gemeinschaftsgebundenheit der Staatsangehörigen aufgeführt werden können. In einem demokratischen Rechtsstaat westlicher Prägung ist aber das eine nicht ohne das andere möglich. Die Verfassung selbst hat weder dem Rechtsstaats- noch dem Demokratieprinzip einen Vorrang zuerkannt. Eine unterschiedliche Gewichtung ist in unserer "westlichen" Demokratie, die von den Einzelfreiheitsrechten und nicht von den Gemeinschaftsrechten lebt, offensichtlich nicht feststellbar und auch nicht erforderlich. Die Gleichwertigkeit ist insbesondere bei der Auslegung etlicher Grundrechte erkennbar, z. B. zu den Fragen, ob es sich bei den betreffenden Fallgestaltungen zu Artikel 14 GG noch um Sozialbindung des Eigentums handelt (Gemeinschaftsinteresse) oder nicht (Individualinteresse) [382], - oder ob ein Gesetz (Gemeinschaftsinteresse) zu einer bestimmten Stufe des Artikels 12 GG gehört, das die Grundrechte (Individualinteressen) entsprechend der Stufe des Artikels 12 GG begrenzen kann [383, 384].

Aber auch ein System innerhalb der öffentlichen Interessen, an dem klare Rangstufen abzulesen wären, die sich dann die Wesentlichkeitstheorie in Form von Abgrenzungsanzeichen zunutze machen könnte, gibt es nicht, da die Anforderungen an die jeweiligen Rechtsinstitute wechseln [385] und von vielen

---

380 Fuß, Kontaktverhältnisse S. 768; Dürig, Generalermächtigung S. 77, weil der Staat um der Menschen willen, nicht aber der Mensch um des Staates willen da sei; derselbe, Menschenwürde S. 123, denn Artikel 1 Absatz 1 GG begründe die Vorrangvermutung der Menschen gegenüber dem Staate.

381 Karehnke S. 628; Pollern S. 644; BVerfGE 33,303,334; BVerfG NJW 1972, 1726, 1727

382 Vergleiche z. B. Hammel S. 26; Seeger/Wunsch S. 103

383 Vgl. Knemeyer, Öffentliche Einrichtungen S. 53 f; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714; Seeger/Wunsch S. 103

384 Im Ergebnis ebenso Wipfelder S. 417

385 Fleiner S. 143 Anmerkung 3

verschiedenen zeitabhängigen Faktoren beeinflußt werden. Gemessen werden kann dagegen die Bedeutung der Gemeinschaftsinteressen - wie im Polizeirecht - abstrakt an der generellen Einschätzung des in Frage stehenden Gemeinschaftsgutes und konkret anhand der Gefahrenlage für eine (wahrscheinliche oder mögliche) Schädigung des Rechtsgutes [386]. Für die Ermittlung der gesellschaftlichen Wertschätzung selbst bedarf es dazu weiterer Faktoren [387].

Nicht als Kennzeichnung für eine unwesentliche Regelung sind aber hoheitliche Maßnahmen, die dem Schutze ganzer Interessengruppen dienen, denn die gesamten Gemeinschaftsinteressen bezwecken mittelbar den Schutz ganzer Interessengruppen (und einzelner Personen) [388]. Eine Unterscheidung nach Schutzinteressen wäre größtenteils die Wiedereinführung der klassischen Differenzierung von Eingriff und Leistung. Mit dem Schutzgedanken könnte sonst der Vorbehalt des Gesetzes in erheblicher Weise umgangen werden. Schutzinteressen besitzen oftmals eine wesentliche Bedeutung für das Gemeinwesen.

Den Gemeinschaftinteressen kommt demnach für die Wesentlichkeitstheorie der gleiche Stellenwert wie den Individualinteressen zu. Ihre Gewichtungen setzen ebenfalls Maßstäbe für den Grad der Bestimmtheit hoheitlicher Regelungen [389].

14. Die Differenzierung nach Rechtsgebieten als Anhaltspunkt für den Vorbehalt des Gesetzes

Die Werthaftigkeit einzelner Rechtsgüter bzw. Interessen kann sich neben der (eventuellen) Besonderheit des Einzelfalles

---

386 Vergleiche z. B. Knemeyer, Öffentliche Einrichtungen S. 54

387 Wie z. B. die Aktualität (16.) oder die Wertordnung mit eventuellen Rangverhältnissen (Kapitel VI) oder die Dauerhaftigkeit (15.)

388 Starck, Gesetzesbegriff S. 294 berücksichtigt dagegen den Schutzgedanken

389 Niehues S. M 45 und M 62; Rengeling, Vorbehalt S. 2219

auch auf die Bedeutung der verschiedenen Rechtsgebiete (Materien) niederschlagen und damit Auswirkungen auf den Vorbehalt des Gesetzes entfalten [390]. So mag z. B. die Regelung für den Einzelfall wichtig sein, für die Gesamtmaterie kann sie dagegen durchaus unwesentlich sein [391]; andererseits kann die Besonderheit des Einzelfalles wichtig sein für den Grad der Bestimmtheit [392], und inwieweit bestimmte Teile einer Materie dem Vorbehalt unterliegen (Gewichtung durch den Gesetzgeber) [393]. Hierbei besteht einerseits die Schwierigkeit, den Überblick über größere Sachzusammenhänge (bzw. Auswirkungen auf andere, in Zusammenhang stehende Materien) nicht zu verlieren, andererseits aber nicht zu sehr am Einzelfall festzukleben [394]. Vorgegebene Strukturen der jeweiligen Regelungsmaterien sind als Orientierungspunkte dazu besonders hilfreich [395].

Bei der Beurteilung im einzelnen ist von den Wertungen des Grundgesetzes auszugehen; es sind besonders Elemente bzw. Rechtsgebiete mit hervorragenden Stellenwerten zu berücksichtigen [396]. Für die Bewertung bieten die Grundrechte gute Ansatzpunkte, denn gerade sie sollen durch das Vorbehaltsprinzip im Verfassungsleben verwirklicht werden [397]. Im Rahmen der Grundrechte wird z. B. den politischen Freiheitsrechten, wie etwa der Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Artikel 5 und 8 Grundgesetz), bei denen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip besonders deutlich hervortreten, oder gewissen persönlichen Freiheitsrechten, wie dem Brief- und Postgeheimnis (Artikel 10 Grundgesetz), erhöhte Bedeutung zugemessen [398]. Sie sind für die ganze staatliche Gemeinschaft so wichtig, daß sie nur der staatliche Gesetzgeber,

---

390 Erichsen, Gesetzgebung und Verwaltung S. 256; Geitmann S. 133; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 714; Rengeling, Vorbehalt S. 2221; Starck, Gesetzesbegriff S. 276; BVerfGE 40,237,249; 49,89,127; BVerfG NJW 1981, 1311; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64; ohne Unterscheidung der jeweiligen Materie dagegen Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 85 S. 247

391 Geitmann S. 33

392 Rengeling, Vorbehalt S. 2221

393 Starck, Gesetzesbegriff S. 276

394 Winkler, Wertbetrachtung S. 3

395 Krüger, Organisationsgewalt S. 254; Listl S. 12

396 Kisker, Vorbehalt S. 1318

397 Kisker, Vorbehalt S. 1318; BVerfGE 40,237,249; 49,89,127; BVerfG NJW 1979, 359; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64

398 Schenke, Vorbehalt S. 565 f; Starck, Autonomie und Grundrechte S. 459

nicht aber ein Autonomieträger ausgestalten darf [399].

Neben dem jeweils betroffenen Lebensbereich mit seinen mehr oder weniger intensiven Auswirkungen auf die Rechtspositionen der Bürger [400] als ein eher personelles Element ist auch auf die Eigenart der Regelungsgegenstände als eher sachliches Element abzustellen [401]. Zu ihnen sind besonders die Geltungsdauer hoheitlicher Regelungen, die Größe des Adressatenkreises, der finanzielle Umfang [402], die Möglichkeit einer genaueren begrifflichen Umschreibung [403] und die Konfliktsträchtigkeit infolge verschiedenster Interessenlagen der jeweiligen Materie als maßgebliche Faktoren zu zählen. Das Abgabenrecht ist deshalb ein typisches Beispiel für eine wesentliche Regelungsart, das dem Vorbehalt der Legislative unterliegt [404]. Unerheblich ist bei alledem, wie schon mehrfach erwähnt, die Unterscheidung von Eingriffs- zur Leistungsverwaltung bzw. von Begünstigung zu Belastung, die Fragen nach der Freiwilligkeit der Unterwerfung unter eine hoheitliche Maßnahme oder den Schutzrichtungen hoheitlicher Regelungen.

Die Bedeutung der jeweiligen Rechtsgebiete ist nicht nur entscheidend für das "Ob" des Vorbehalts, sondern ebenfalls für das "Wie", nämlich den Grad der notwendigen Bestimmtheit normativer Regelungen [405].

15. Die Dauer der Maßnahmen als Abgrenzungsanzeichen

Mit den langfristigen bzw. dauerhaften Entscheidungen werden heute regelmäßig die politisch wichtigen Regelungen vorgenommen [406]. Teilweise wird gar in der Dauerhaftigkeit ein wesentliches Element des Gesetzesbegriffes gesehen; so soll

---

399 Starck, Autonomie und Grundrechte S. 459
400 Vergleiche dazu auch vorstehend 7., 8., 9. und 12.
401 List1 S. 12; BVerfGE 40,237,249; BVerfG NJW 1979, 359; BVerfG NJW 1981, 1311; OVG Münster 1978, 62, 64
402 Starck, Gesetzesbegriff S. 286; vergleiche auch die Ausführungen bei 18.
403 BVerfG NJW 1981, 1311
404 Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 807 f
405 Geitmann S. 133; Starck, Gesetzesbegriff S. 276; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
406 Erichsen, Verwaltungsrecht S. 245; Starck, Gesetzesbegriff S. 285 f

eine auf Dauer angelegte Regelung nur durch Gesetz oder gemäß Artikel 80 Grundgesetz auf Grund eines Gesetzes erlassen werden [407]. Mit ihnen können sozialgestaltende Ziele verfolgt werden. Allein schon in der "ständigen" Wirkungsweise dauerhafter Regelungen politisch wichtige und darin wesentliche Entscheidungen zu erblicken, erscheint aber nicht angebracht [408]. Es können doch ausnahmsweise durchaus dauerhafte Regelungen verfolgt werden, mit denen letztlich keine sozialgestaltenden Ziele zu verwirklichen sind [409]. Soweit langfristige Lösungen angestrebt werden, spricht viel dafür, sie als wesentliche - weil dauerhafte und damit regelmäßig als sozialgestaltende - Maßnahmen zu behandeln, wenn es sich nicht augenfällig bzw. offensichtlich nur um Bagatellen oder Geringfügigkeiten (vergleiche 6.) handelt.

Umgekehrt sollen aber nicht alle kurzfristigen oder provisorischen Regelungen im Sinne der Vorbehaltslehre unwesentlich sein. Ihnen kann ebenfalls "sozial erhebliche" [410] bzw. "besondere politische" [411] Bedeutung zukommen. Ihr besonderes Gewicht muß sich dann aus anderen Elementen ergeben, wie z. B. aus der besonderen sozialgestaltenden Zielrichtung oder der finanziellen Belastung für das Gemeinwesen [412]. Nothilfemaßnahmen, die nur provisorischen Charakter aufweisen oder nicht sehr ins Gewicht fallen, besitzen demnach keinen wesentlichen Charakter [413].

Die Unterscheidung hoheitlicher Regelungen nach der Dauerhaftigkeit als Abgrenzungsanzeichen für die Wesentlichkeitstheorie läßt sich nur mit dem schon mehrfach erwähnten Entlastungselement rechtfertigen und damit, daß in den Gesetzen nach ihren gesellschaftlichen Stellungen regelmäßig Dauerhaftes und Grundsätzliches geregelt sein möge [414].

---

407 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30
408 So aber Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30 f; Starck, Gesetzesbegriff S. 286
409 Vergleiche zur Sozialgestaltung Götz S. 295
410 Götz S. 295
411 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30 f
412 Götz S. 295
413 Götz S. 295; Zuleeg S. 86; vergleiche auch Kapitel IV 5.
414 Starck, Gesetzesbegriff S. 292; zu weit geht aber Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30, wenn er meint, das Dauerhafte und das Grundlegende seien wesentliche Bestandteile des Gesetzesbegriffes, - denn die Legislative ist auch befugt, Unwesentliches zu regeln.

16. Sind politisch aktuelle Themen regelmäßig auch wesentlich?

Zum Bereich der politisch wichtigen Maßnahmen gehören ebenfalls meist die politisch aktuellen (gleich gegenwartsbezogenen) Fragen. So leben (wie jedes andere Recht) gerade die Grundrechte von der Bedeutung, gegenwartsbezogen bzw. aktuell zu sein und in Anspruch genommen zu werden; zu ihrer Verwirklichung bedürfen sie stetiger Aktualität [415]. In Zeiten der Not (z. B. Wohnraumbeschaffung nach Kriegsende) wird das verstärkt erkennbar [416]. So ist die Aktualisierungsbedürftigkeit ein Teil des Rechts, dessen Wesen darin besteht, von den Rechtsgenossen in Anspruch genommen zu werden [417]. In den Gesetzen steckt daher neben einer "ständig spannenden Kraft" eine aus der Verfassung, insbesondere den Grundrechten, hervorgehende, spezifische Wandelbarkeit und Elastizität [418].

Die Aktualität der Normen und der zu regelnden Maßnahmen hängt häufig von vielen Unwägbarkeiten ab [419]. Beeinflußt und gestaltet werden kann sie durch politische, soziale, ökonomische und andere Veränderungen [420]. Modeströmungen bleiben leider nicht ohne Wirkung, während gesellschaftliche Gruppen, die nicht in der Lage sind, sich erfolgsversprechend zu artikulieren (z. B. Kinder, Strafgefangene), keine Einwirkungsmöglichkeit besitzen [421]. Auch verstehen es einige Gruppen immer wieder, das Bewußtsein der Rechtsgenossen zu manipulieren [422]. Insbesondere professionelle Meinungsmacher können sich dadurch in die Lage versetzen, Parlamentskompetenzen zu begründen [423]. Diese Ergebnisse sprechen aus Gründen der Rechtssicherheit [424] und der Gerechtigkeit nicht gerade dafür, die Aktualität als Anzeichen

---

415 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 45
416 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 55 f
417 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 121
418 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 121 und 216
419 Rengeling, Vorbehalt S. 2219
420 Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 62; vergleiche dazu auch Kapitel VI
421 Kisker, Vorbehalt S. 1318
422 Rengeling, Vorbehalt S. 2219
423 Eberle S. 487 mit weiteren Nachweisen
424 Rengeling, Vorbehalt S. 2219

für die Abgrenzung von wesentlichen zu unwesentlichen Regelungen zu verwenden.

Andererseits erscheint es vorteilhaft, wenn politisch brisante Fragen öffentlich diskutiert werden, bevor über sie für den Bürger verbindlich entschieden wird [425]. Oppositions- und Regierungsgruppen erlangen dabei die Chance, über das Für und Wider das Wahlvolk zu mobilisieren, wodurch für das Volk überraschende Entscheidungen in einer parlamentarischen Demokratie regelmäßig verhindert werden können [426]. Durch die Offenlegung anstehender Streitfragen können neben den Oppositionsgruppen auch die Minderheiten innerhalb der Regierungsparteien bzw. Regierungsfraktionen die Möglichkeit erhalten, für die in Frage stehende Materie die Vorbehaltsqualität zu erreichen [427]. Das politisch Kontroverse wird also zum "Wesentlichen" [428]. In erster Linie kommt dem Aktualitätsprinzip eine "Veröffentlichungsfunktion" zu [429]. Diese Vorgänge um eine Konfliktslösung unterstützen die Integration innerhalb des Volkes und bringen die parlamentarische Arbeit der Abgeordneten dem Wähler näher. Parlament und Regierung stehen nunmehr bei (vielen) politischen Maßnahmen von wesentlicher Bedeutung in engem Kontakt [430]. Aber nicht für alle staatsleitenden Entscheidungen bedarf es der Gesetzesform. Während im grundrechtsrelevanten Bereich des politisch Kontroversen und damit des Aktuellen, also im Konfliktsverhältnis des Bürgers zum Staat, grundsätzlich das Vorbehaltserfordernis zu bejahen ist, trifft dies dagegen bei kontroversen unmittelbaren Interessen des politischen Gemeinwesens so nicht zu [431]. So wird die Exekutivspitze in den jeweiligen Verfassungen für bestimmte Bereiche mit alleinigen staatsleitenden Entscheidungsbefugnissen [432], zu denen z. B. die Repräsentationsaufgaben, die Richtlinienbestimmung

---

425 Kisker, Vorbehalt S. 1315
426 Kisker, Vorbehalt S. 1315; derselbe, Zuständigkeiten S. 58
427 Kisker, Vorbehalt S. 1319
428 Kisker, Vorbehalt S. 1318 und 1320; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
429 Kisker, Zuständigkeiten S. 58
430 Werner Thieme, Vorbehalt S. 82
431 Kisker, Vorbehalt S. 1318; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64
432 Kisker, Vorbehalt S. 1318; bei den Kommunen geschieht ähnliches durch die "Kommunalverfassungen" und den dazu gehörenden jeweiligen Hauptsatzungen der einzelnen Verwaltungsträger.

der Politik sowie große Teile der Personalfragen, Anschaffungsmaßnahmen und Entscheidungen mit geringen finanziellen Auswirkungen zu zählen sind. Bei den unmittelbaren Interessen des politischen Gemeinwesens befinden sich aber auch Regelungen, die von den Parlamenten zu beschließen und von der Exekutive zu erledigen sind, die insbesondere auf den Gebieten der Rüstungs-, der Wirtschafts- und Sozialpolitik liegen [433], ebenso die bedeutenden Beschaffungsmaßnahmen.

Der Aktualitätsgedanke gibt den Parlamenten die (demokratische) Chance, auf Leitentscheidungen des politischen Gemeinwesens einzuwirken und selbst zu gestalten [434]. Er fördert in einer parlamentarischen Demokratie das politische Führungsmittel der Parlamente [435] und bringt in den parlamentarischen Leitentscheidungen die persönlich-sittliche Verantwortung der Abgeordneten zum Ausdruck [436]. Die Aktualitätsmaßnahmen als politische Konfliktsregelungen sollen vor allem nicht den Status quo festschreiben, sondern diesen verändern [437] und über das Vorbehaltsverfahren (für wesentliche Maßnahmen) die breite Öffentlichkeit über die entschiedenen (integrierenden) Konflikte und die veränderten Rechtslagen informieren.

Praktische Probleme mit dem Aktualitäts-Abgrenzungsanzeichen werden die Rechtsprechung und die Verwaltung erhalten. Richter und Verwaltungsbeamte müssen ermitteln, was aktuell bzw. politisch kontrovers ist oder war. Diese Ermittlung verbindet den Praktiker aber um so mehr mit dem realen Gemeinschaftsleben und erscheint daher eher ein Vorteil als ein Nachteil zu sein [438]. Der Vorwurf, daß somit letzten Endes das Bundesverfassungsgericht noch mehr in den politischen Prozeß eingeschaltet wird als bisher [439], ist nicht von der Hand zu weisen, aber überwiegend wird in einer streitbaren und nach Werten ausgerichteten Ordnung ein Gericht gewünscht,

---

433 Werner Thieme, Vorbehalt S. 82; bei den Vollzugshandlungen besitzt die Exekutive, wie das umstrittene "Mittelstreckenraketen"-Urteil (BVerfGE 68,1ff = NJW 1985, 603 ff) zeigt, teilweise einen enormen Entscheidungsspielraum - vergleiche dazu den nachfolgenden Titel

434 Kisker, Zuständigkeiten S. 59

435 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30

436 OVG Münster DVBl 1978, 62, 64

437 Kisker, Vorbehalt S. 1318

438 Kisker, Vorbehalt S. 1318

439 Rottmann S. 293

das realbezogen und somit auch politisch (aber nicht parteipolitisch) entscheidet. - Als weitere Kritik an dem Indiz wird die wechselnde Aktualität genannt und die Frage gestellt, welcher Zeitpunkt oder Zeitraum der betreffenden Materie für die Vorbehaltslehre aktuell sein muß [440]. Zu dieser Frage sind keine besonderen Anhaltspunkte feststellbar, bzw es ist nicht anders als sonst im Rahmen der Vorbehaltslehre zu verfahren: Die Rechtsnormen gelten unabhängig davon, ob sie Wesentliches bzw. Aktuelles oder Unwesentliches enthalten und können ihrerseits nur wieder mit mindestens derselben (Rang-)Qualität von Rechtsnormen geändert werden. Verwaltungsvorschriften entfalten dagegen nur so lange Wirkung, als sie nicht mehr unter den Vorbehalt des Gesetzes fallen, also vorliegend grundsätzlich nichts Aktuelles regeln [441].

Trotz aller Probleme sollte an dem Abgrenzungsanzeichen "aktuell", dessen Rechtfertigung - wie aufgezeigt - vorwiegend im Demokratieprinzip zu sehen ist, für die Abgrenzung des Vorbehaltsbereichs festgehalten werden, zumal es noch längere Zeit an absolut griffigen Kriterien und Fallgestaltungen (abgesehen vom Bereich des Schulwesens) mangeln wird. Dasselbe hat ebenfalls für den Grad der Bestimmtheit zu gelten [442].

17. Kann eine Bezugnahme auf die politischen Beziehungen in Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz als Abgrenzungsanzeichen nutzbar gemacht werden?

Die Fragestellung hat viel Gemeinsames mit dem vorangegangenen Titel. Die Akzente liegen hier nicht beim Aktuellen bzw. Kontroversen, sondern ganz allgemein beim politisch Bedeutsamen, sofern man üblicherweise (für die Vorbehaltslehre) eine weite analoge Auslegung unterstellt [443]. - Ar-

---

440 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 55 f, der das "Wesensmäßige" nur solange sieht, solange es aktuell ist; Kisker, Diskussion S. M 82, der aber, wie vorstehend zu ersehen, ein Jahr später zu einem profilierten Anhänger des aktuellen Indizes gehörte.

441 Die Verwaltungsvorschriften sind hier im Zusammenhang mit der Selbstbindung der Verwaltung zu sehen; vergleiche Kapitel IV 16.

442 Kisker, Zuständigkeiten S. 59; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64

443 Vergleiche z. B. Menzel Erl. II 5. und 6. zu Art. 59 GG

tikel 59 Absatz 2 Grundgesetz ist eine der wenigen ausdrücklich geregelten Fälle des (demokratischen) Vorbehalts des Gesetzes im Grundgesetz [444]. In ihm kommt zum Ausdruck, daß das Parlament der Rolle eines schlichten "Nur-Gesetzgebers" entwachsen ist und nunmehr die Stellung eines politischen Führungsorganes einnimmt [445]. Mit den "politischen Beziehungen" will der Artikel nicht typischerweise das Verhältnis Staat - Bürger regeln, sondern das unmittelbare Interesse des politischen Gemeinwesens mit politischem Gewicht, nämlich die staatsleitenden Entscheidungen zugunsten des Gesetzgebers mitbestimmen [446]. Aber selbst bei weiter analoger Anwendung des Artikels 59 Absatz 2 Grundgesetz kann das nicht für alle staatsleitenden Entscheidungen gelten, wie dies bereits im vorangehenden Titel ausgeführt wurde.

Die Bedeutung und die kontroverse Auslegung (unmittelbare Anwendung) des Artikels 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz spiegelt sich wider im "Raketen"-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. 12. 1984 [447]. Geschichtlich gesehen, drücke sich in Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz die Tendenz zur verstärkten Parlamentarisierung der Willensbildung im auswärtigen Bereich aus. Der Artikel beschränke die Mitwirkung des Parlaments gegenständlich auf Verträge (und nicht auf Organ- und sonstige Kollektivakte, wie z. B. die Zustimmung im Rahmen bestehender Verträge) und inhaltlich auf die bloße Zustimmung in Form eines Bundesgesetzes. Diese Regelung sei ein Element der Gewaltenteilung und ziele darauf ab, daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, d. h. von Organen getroffen werden, die nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen würden, und die Regelung wolle auf eine Mäßigung der Staatsgewalt insgesamt hinwirken. Die grundsätzliche Zuordnung der Akte des auswärtigen Verkehrs zum Kompetenzbereich der Exekutive beruhe auf der Annahme,

---

444 Listl S. 14; Oppermann, Grundsätze S. C 54
445 Werner Thieme, Vorbehalt S. 82
446 Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 205 f; Kisker, Vorbehalt S. 1318; Menzel Erl. II 5. und 6. zu Art. 59 GG; Oppermann, Grundsätze S. C 54; Schenke, Vorbehalt S. 555 Anm. 10a
447 E 68, 1 ff = NJW 1985, 603 ff

daß institutionell und auf Dauer typischerweise allein die Regierung in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfüge, auf wechselnde äußere Lagen zügig und sachgerecht reagieren und so die staatliche Aufgabe der auswärtigen Angelegenheiten verantwortlich wahrnehmen und bestmöglich erfüllen zu können. Soweit es bei den Verträgen auf die politische Bedeutung ankomme, lägen die Einschätzungen und Wertungen auf Seiten der Bundesregierung, wobei die Grenze der offensichtlichen Willkür nicht überschritten werden dürfe. Eine erweiterte bzw. analoge Auslegung auf das "Wesentliche" in diesem Bereich wird vom Bundesverfassungsgericht abgelehnt, zumal die Regierung ebenfalls demokratisch legitimiert sei und Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz eine abschließende Regelung enthalte.

Die Gegenposition ist in dem Sondervotum des Richters Mahrenholz enthalten. Danach gebiete die Funktion des Artikels 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz, nämlich die politische Kontrolle der Bundesregierung durch das Parlament bei den "politischen Beziehungen des Bundes", den Vorbehalt des Gesetzes auch auf einseitige Akte der Bundesregierung zu erstrecken, denn diese Bestimmung sei eine spezielle Ausprägung des generellen, alle wesentlichen Entscheidungen umfassenden Vorbehalts des Gesetzes. Die Begründung des Gerichts mit den Kontrollbefugnissen (außerhalb des Artikels 59 Grundgesetz) des Bundestages sei unangebracht, denn die Kontrollmittel machen einen völkerrechtlichen Akt der Bundesregierung nicht unwirksam, und insbesondere gibt Artikel 67 Grundgesetz zwar die Möglichkeit, einen neuen Bundeskanzler zu wählen, jedoch wolle die Verfassung, daß die politische Kontrolle in stabilen Regierungsverhältnissen ausgeübt werde.

Soweit der Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz für die Wesentlichkeitstheorie als Abgrenzung des Vorbehaltsbereichs fruchtbar gemacht werden sollte, würden demnach die Angelegenheiten von politischer Bedeutung ausschließlich dem Parlament zugeordnet [448]. Die Schwachstelle dieses Merkmals

---

448 Ossenbühl, Praxis S. 31; derselbe, Verwaltungsvorschriften und GG S. 241; Werner Thieme, Vorbehalt S. 84

ist im Begriff des "Politischen" zu sehen, der von Kritikern [449] als zu schillernd und zu unbestimmt bezeichnet wird, weil er nicht nur Stoff, sondern auch Färbung sei und damit dem Parlament einen weitgehenden Beurteilungsspielraum zugestehe. Die Grenzziehung des Politischen ermöglicht den Parlamenten, nach ihren subjektiven Vorstellungen zu handeln. Dies gestehen selbst die Befürworter [450] der entsprechenden Anwendung von Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz ein, meinen aber, daß gerade ein Beurteilungsspielraum im Rahmen des Vorbehaltsprinzips nach der Idee des Grundgesetzes nirgends besser aufgehoben sei als beim Parlament selbst. - Der Mangel macht klar, daß der Gedanke des Artikels 59 Absatz 2 Grundgesetz letztlich für den Normanwender nur eines unter mehreren Abgrenzungsanzeichen sein kann, deren Korrektiv nicht in bloßen Tatsächlichkeiten danach zu erblicken ist, ob das Parlament von seiner Regelungsbefugnis Gebrauch gemacht hat oder nicht [451], sondern in anderen Abgrenzungsanzeichen, wie z. B. Aktuelles bzw. Kontroverses, Dauerhaftes, die finanzielle Bedeutung.

Wird der Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz in dieser Weise für einen weiten Bereich der Wesentlichkeitstheorie nur als Abgrenzungsanzeichen nutzbar gemacht, ist die ansonst berechtigte Kritik unangebracht: Dem Begriff fehle die Präzision der grundlegenden Entscheidung [452]. Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz werde ohnehin sehr eng interpretiert [453]. - Unverständlich bleibt dagegen, warum eine Auslegung des Gedankens von Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz sich nur auf solche "staatsleitenden Akte" beziehen soll, die nur grundlegende und zentrale Planungen beinhalten [454]; eine Rechtfertigung dafür ist nicht zu ersehen. - Der Vorwurf [455]

---

449 Schenke, Vorbehalt S. 555 Anm. 10a
450 Ossenbühl, Praxis S. 31; derselbe, Verwaltungsvorschriften und GG S. 241
451 So aber scheinbar Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 241
452 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 30 f; der aber im Notfall den Begriff doch für die Abgrenzung heranzieht (S. 31)
453 Schenke, Verwaltungsvorschriften S. 31
454 So aber Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung S. 205 f, der damit den Vorbehaltsbereich "in gewagter Weise" ausdehnen wollte.
455 Schenke, Vorbehalt S. 555 Anm. 10a

eines fehlenden Staat-Bürger-Verhältnisses bei den "politischen Beziehungen" in Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz ist zwar zutreffend, aber nicht angebracht, weil mit dem Merkmal gerade die staatsleitenden Akte in den demokratischen Vorbehalt des Gesetzes mit einbezogen werden sollen, die besonders durch wesentliche Entscheidungen unseres Gemeinwesens geprägt sind. Für das grundrechtliche Bürger-Staat-Verhältnis stehen praktikablere Abgrenzungsanzeichen zur Verfügung, wie z. B. die Betroffenheit, die Aktualität, die Dauerhaftigkeit, die finanziellen Auswirkungen oder die Differenzierung nach Rechtsgebieten.

Der Gedanke des Artikels 59 Absatz 2 Grundgesetz als ein verfassungsrechtlich geregelter Vorbehalt des Gesetzes ist gerechtfertigt durch das Spiegelbild der gegenwärtigen Verfassungsstruktur [456], insbesondere des Demokratieprinzips, soweit es die staatsleitenden Entscheidungen betrifft. Für diesen Bereich kann er wegen des subjektiven "Politik"-Begriffes nur als sekundäres Abgrenzungsanzeichen nützlich sein, der besonders durch weitere Abgrenzungsanzeichen einer Ergänzung bedarf. Die politische Bedeutung einer Materie ist außerdem wichtig für den Grad des Bestimmtheitserfordernisses einer legislativen Regelung.

18. Die Bedeutung der finanziellen Auswirkungen auf den Vorbehaltsbereich

Der finanzielle Reichtum bzw. das Geld hat in allen Gesellschaftsordnungen einen hohen Stellenwert. In abschätziger Weise wird teilweise vom Geld als "Abgott Mammon" gesprochen. Die Bedeutung des Geldes und der Geldwerte widerspiegelt sich bereits zu Beginn der konstitutionellen Monarchie bzw. bei den Anfängen der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes: bei den Gemeinschaftsinteressen, vorwiegend im Rahmen des Haushaltsgesetzes, und bei den rechtsstaatlichen Individualinteressen über die Freigabe einzelner Materien an den Monarchen, der damit rechtmäßig in die Bürgerrechte des einzelnen mittels einer gesetzlichen Regelung eingreifen konnte (sog. "klassiche Eingriffstheorie"). Auch heute sind die unterschiedlich

---

456 Lerche, Subventionen S. 1760

charakterisierten Standpunkte von (überwiegend demokratischen) Gemeinschafts- und (überwiegend rechtsstaatlichen) Individualinteressen erkennbar, die zu einer andersartigen Beurteilung über die Frage der Abgrenzungsmerkmale des Vorbehaltsprinzips führen.

Bei der Gemeinschaftsbewertung sind die in Frage stehenden Maßnahmen mit ihren finanziellen Auswirkungen für den Verwaltungsträger einerseits an seinem gesamten Finanzaufkommen und andererseits bei Teilregelungen wesentlicher Materien an diesen danach zu beurteilen, ob sie erheblich ins Gewicht fallen [457]. Absolute Prozentzahlen - z. B. vom gesamten Finanzaufkommen oder einzelner Teilpläne des Haushalts als "wesentlich" bzw. als Gradmesser von "wesentlichen" zu "unwesentlichen" Maßnahmen - anzugeben, welche die Rechtssicherheit hinsichtlich der Abgrenzung des Vorbehaltsbereiches erhöhen könnten, erweisen sich dabei als undurchführbar, zumal die Fallgestaltungen zu unterschiedlich sind. Vor einer ähnlichen Bewertung stehen die Zivilgerichte bei der Frage, ab wann bedingte Erwerbsverpflichtungen eines Immobilien-Kaufanwärters auch für die Vertragsstrafe oder Provision bei Nichterwerb der Form des § 313 Bürgerliches Gesetzbuch bedürfen, weil nach deren Höhe ein indirekter Zwang zum Vertragsschluß gegeben ist. Dabei seien bereits 20 % der üblichen Provision als Aufwendungsersatz erheblich [458]. Solches muß ebenfalls innerhalb einer wesentlichen Materie gelten, während beim gesamten Finanzaufkommen bzw. des Gesamtbetrages des Haushaltsplans schon bei 10 % die Grenze zum Wesentlichen lange überschritten sein dürfte. Bei dieser Art der Wertbemessung besitzen bloße haushaltsrechtliche Probleme keinen Stellenwert.

Die finanziell erheblichen Auswirkungen können auch an ihren sozialgestaltenden Folgen abgelesen werden [459]. Sie besitzen

---

457 Götz S. 295 und Zuleeg S. 86 bemessen es danach, ob die Gesamtmaßnahme finanziell erheblich ist. Für Starck, Gesetzesbegriff muß es kostspielig sein (S. 285) oder hohe Summen erfordern (S. 286).

458 Vergleiche dazu Heinrichs, Kommentar § 313 BGB Anm. 2d und f S. 368

459 Götz S. 295

in unserer Gesellschaft Leit- und Lenkungsfunktion, welche die "Leistungen" der jeweiligen Verwaltungsträger zum Ausdruck bringen. - Beeinflußbar ist die Bedeutung der Maßnahme durch die Größe des Adressatenkreises, die sich regelmäßig in der Höhe des finanziellen Umfangs widerspiegelt [460]. Es ist aber auch möglich, gegenüber einem kleinen Adressatenkreis große Wirkung zu erzielen, z. B. Maßnahmen gegenüber Großfirmen, wie etwa in der Kohle-, Stahl- und der Schiffahrtsbranche.

Auf kommunalem Sektor bieten die Gemeinde- und Landkreisordnungen sowie deren Durchführungsverordnungen gute Ansatzpunkte für die Grenzziehung hoheitlicher Maßnahmen mit erheblicher finanzieller Bedeutung. So gehören die Entscheidungsbefugnisse der Bürgermeister und Landräte im Rahmen ihrer Geschäfte der laufenden Verwaltung und der beschließenden Ratsausschüsse, deren Grenzen in den Kommunalordnungen und zum Teil in den Hauptsatzungen festgelegt sind, nicht zu den (herabgezonten Satzungs-)Vorbehaltsmaßnahmen. Dagegen sind die Wertgrenzen der Durchführungsverordnungen zu den Gemeinde- und Landkreisordnungen über die Beschlüsse der Kommunen zur Errichtung, Übernahme oder Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen, die der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen sind, grundsätzlich als bedeutsame finanzielle Regelungen einzustufen, die auch regelmäßig sozialgestaltende Wirkung (auf kommunalen Gebieten) aufweisen und daher als wesentliche Maßnahmen im Sinne der Wesentlichkeitstheorie (beim Satzungsvorbehalt) angesehen werden sollten. Diese Wertgrenzen sind einerseits an die Einwohnerzahlen der Gemeinden und Kreise [461] und andererseits zum Teil auch an Prozentsätze ausgerichtet. Für die Erweiterung der Unternehmen werden z. B. in Baden-Württemberg als Grenzwert 20 % des Anlagevermögens nach der letzten Jahresbilanz unterstellt, der aber die Höchstsumme selbst nicht überschreiten darf [462]. Dieser Prozentsatz ist durchaus mit den vorerwähnten 20 % der üb-

---

460 Starck, Gesetzesbegriff S. 286

461 So § 15 DVO zur GO BW: bis 3.000 Einwohner (150.000 DM), bis 10.000 Einwohner (300.000 DM), bis 40.000 Einwohner (600.000 DM), bis 100.000 Einwohner (1.500.000 DM), bis 250.000 Einwohner (3.000.000 DM) und mehr als 250.000 Einwohner (5.000.000 DM).

462 In Baden-Württemberg: § 15 DVO zur GO und § 7 1. DVO zur LKrO

lichen Immobilienprovision als Aufwendungsersatz vergleichbar, zumal bei der Jahresbilanz die stillen Reserven und andere Werte - wie z. B. der Name, der Kundenstamm und das Know-how - unberücksichtigt bleiben. Demnach sind 20 % (und vielfach bereits ein geringerer Bruchteil) einer wesentlichen Materie grundsätzlich als erheblich zu betrachten. - Die Höchstbetragssummen bei den Gemeinden sind in Baden-Württemberg höher als bei den Gemeindeverbänden festgesetzt [463]. Solches erscheint durch den größeren Aufgabenbereich der Gemeinden infolge ihrer "Allzuständigkeit" und des damit verbundenen erhöhten finanziellen Gesamtumfangs durchaus gerechtfertigt, was eine vergleichbare Relation berücksichtigt und in der Materie des Wesentlichen innewohnt.

In einigen Rechtsgebieten sind Gemeinschafts- und Individualinteressen gleichermaßen betroffen. Dies gilt besonders für das Abgaben- und Tarifrecht, deren allgemeine Festsetzungen nach den Kommunalordnungen stets so erheblich sind, daß hierzu weder die Ausschüsse noch die Verwaltungsleiter Regelungen treffen dürfen. Nicht anders verhält es sich bei der Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwangs [464].

Trotz erheblicher finanzieller Bedeutung einzelner Maßnahmen für die Allgemeinheit genügt bei vielen staatsleitenden Entscheidungen ein schlichter Parlamentsbeschluß, was vor allem die Rechtsordnung, wie schon mehrfach erwähnt, hinsichtlich der Beschaffungsmaßnahmen als zulässig erachtet, wie z. B. die bauliche Herstellung oder Erweiterung öffentlicher Einrichtungen.

Bei den (grundrechtlichen) Individualinteressen stehen die finanziellen Auswirkungen auf den einzelnen im Vordergrund. Die Festsetzung einer Wertgrenze als Grad der Bedeutung

---

463 Vergleiche die Anmerkungen 461 und 462 sowie § 7 1. DVO zur LKrO (Höchstbetrag 1.500.000 DM)

464 Schmidt-Aßmann S. 200; dagegen hält Werner Thieme, Vorbehalt S. 85 die Festsetzung der Anstaltsbenutzungsgebühren auch ohne gesetzliche Regelung allein durch die Anstaltsordnung für möglich, sofern die Grundsätze des Gebührenrechts beachtet werden. Nachdem auch heute die Anstaltsgewalt keine (Ersatz-)Rechtsgrundlage mehr darstellt (vergleiche Kapitel VII), muß derartigen Meinungen widersprochen werden.

finanzieller Belastung bzw. Begünstigung und der damit verbundenen Betroffenheit des einzelnen gestaltet sich ebenso schwierig wie bei den Gemeinschaftsinteressen. Was für die einzelne natürliche oder juristische Person eine erhebliche Maßnahme sein mag, ist für die andere nicht zutreffend. Von einer solch unterschiedlichen wirtschaftlichen Lage und subjektiven Empfindens der Betroffenen kann ein auf Rechtssicherheit und Gerechtigkeit bedachter Vorbehalt nicht abhängig gemacht werden.

Ähnliche Probleme ergeben sich auch auf anderen Rechtsgebieten. Im Strafrecht wird die Geringfügigkeit der vermögensrechtlichen Bagatellkriminalität derzeit höchstens bei 50 DM (im Gesamtbetrag) angesiedelt, bei deren Wertberechnung die besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse des Opfers oder des Täters nicht zu berücksichtigen sind. Für die Vollstreckung oder Erstattung öffentlicher Abgaben, die niedriger als 3, -- DM sind, sehen einige Regelungen Ausnahmen vor [465]. Diese Arten der Sonderregelungen berücksichtigen nicht nur die geringe Wertschätzung einzelner Gegenstände oder Kleinstbeträge, sondern unter anderem auch den dazu gehörenden regelmäßigen Verwaltungsaufwand [466] als ein gemeinschaftliches Interesse, um damit Kosten zu sparen und die Funktionsfähigkeit zu erhalten bzw. zu verbessern. Ein erhöhter Verwaltungsaufwand, der sich allein in der Organisation der Behörde begründet, bleibt bei der Ermittlung unberücksichtigt. Je nach Materie kann deshalb der Geringfügigkeitswert in unterschiedlicher Höhe ausfallen. Der 3-DM-Betrag kann durchaus als unterer Richtwert für Geringfügigkeiten der kurzfristigen und einmaligen Regelungen erachtet werden, nicht jedoch für wiederkehrende Maßnahmen. Bei ihnen wird grundsätzlich die Erheblichkeit bereits aus öffentlichen Finanzinteressen zu bejahen sein, z. B. die Benutzungs- und Verwaltungsgebühren. Dagegen erscheint der

---

465 Z. B. hinsichtlich der Erstattung § 4 KAG BW. - Im Vollstreckungswesen wurden verwaltungsintern seit der Jahrhundertwende Beträge bis zu 3 DM häufig nicht beigetrieben. Während diese Praxis noch vor ca. 15 Jahren vielerorts beachtet wurde, erscheint sie heute in Vergessenheit zu geraten.

466 Vergleiche z. B. den Wortlaut von § 4 KAG BW "... und die Kosten der Erstattung außer Verhältnis zu dem Betrag stehen".

50-DM-Betrag prinzipiell eine Obergrenze des Unwesentlichen zu sein. Ob nun die Erheblichkeit der Individualinteressen bei 3,-- DM oder erst bei 50,-- DM beginnt, ist letztlich eine umständebedingte Angelegenheit.

Die Wesentlichkeit hoheitlicher Regelungen wird von derart vielen Faktoren beeinflußt, weshalb die erörterten finanziellen Auswirkungen nur Abgrenzungsanzeichen für die Wesentlichkeitstheorie sein können. Sie rechtfertigen sich durch die Bedeutung finanzieller Werte in einer Leistungsgesellschaft, die sich besonders in den Verfassungsleitprinzipien der Demokratie und des Rechtsstaates widerspiegeln. Das Indiz beeinflußt außerdem den Grad der Bestimmtheit legislativer Regelungen.

19. Die Neuartigkeit als Abgrenzungsanzeichen?

Nicht zu verwechseln ist das Neuartige mit dem Aktuellen (vergleiche vorstehend 16.), denn einerseits sind Angelegenheiten denkbar, die es schon lange gibt und umständebedingt aktuell werden können, während andererseits nicht alles Neue (sofort) auch aktuell ist. Vielfach ist aber das Neuartige auch gleichzeitig das Aktuelle. - Die Normierung bislang ungeregelter Materien wird schon wegen der vorhandenen vielfältigen Gesetze die große Ausnahme bleiben. Bei einer hochtechnischen und sich schnell verändernden Gesellschaft ist solches am ehesten für neue Leistungssysteme denkbar. Diese zu errichten, steht aber, wie im vorangehenden Kapitel ausgeführt, nur der Legislative zu. - Dagegen spricht viel dafür, daß Regelungen, die nur den Status quo festschreiben, keine wesentliche Maßnahmen darstellen [467], denn ohne Veränderungen sind regelmäßig sozialgestaltende Wirkungen nicht denkbar. Je erheblicher also die Änderung der gegenwärtigen tatsächlichen oder rechtlichen Lage vorgesehen ist, um so wahrscheinlicher bedarf es einer gesetzlichen Regelung. Die Aktualität und Notwendigkeit, die Bevölkerung zu informieren [468], steigt mit dem Umfang der Neuartigkeit des zu regelnden Sachverhalts.

---

467 Kisker, Vorbehalt S. 1318
468 Vergleiche vorstehend 16.

Eine besondere Variante der Veränderung bzw. Neuartigkeit ist die Erweiterung der Hoheitsbefugnisse. Sie berührt regelmäßig die grundrechtlichen Interessen der Bevölkerung und ist ein Indiz für eine wesentliche Maßnahme [469]. - Nicht viel anders verhält es sich bei ungewöhnlichen (und daher vielfach als neuartig empfundenen) Regelungen [470]. Bei ihnen ist der Überraschungseffekt und großteils auch die sozialgestaltende Wirkung wegen eventueller unvermuteter Regelungen grundsätzlich stärker als bei sonstigen Veränderungen ausgeprägt. Erst mit der Veröffentlichung der Norm gewinnt der einzelne die erforderliche Kenntnis von der neuartigen bzw. ungewöhnlichen Regelung. Problematisch ist aber hier die Feststellung, ab wann eine ungewöhnliche bzw. überraschende Maßnahme vorliegt. Solches setzt bei Fallprüfungen im Rahmen des Vorbehaltsprinzips ein an Kriterien schwer ermittelbares, großes "Fingerspitzengefühl" und eine Bürgernähe der Verwaltungsbeamten und Richter ebenso voraus wie bei den normgebenden Volksrepräsentanten, was andererseits aber wegen des Wirklichkeitsbezuges als Vorteil anzuerkennen ist.

Die Neuartigkeit hoheitlicher Regelungen kann demnach als Abgrenzungsanzeichen dem Vorbehaltsprinzip dienlich sein, wird aber stark durch das schwer zu ermittelnde Bedürfnis beeinflußt, über bestimmte (bislang unbekannte) Neuigkeiten Kenntnis zu erlangen. Die Veröffentlichung im Normsetzungsverfahren rechtfertigt das Indiz, weil der einzelne erst mit der Kenntnis der Maßnahme in der Lage ist, seine grundrechtlichen Interessen wahrzunehmen und zu verwirklichen. Über das Rechtsstaatsprinzip (nämlich in den Teilbereichen der Verkündung einer Norm und der Grundrechtsverwirklichung) als eine der Faktoren der Vorbehaltslehre erfährt das Abgrenzungsanzeichen seine Ausprägung und gleichzeitig seinen Grundrechtsbezug.

---

469 Dürig, Verfassung und Verwaltung S. 198; Merk, Organisationsgewalt S. 251

470 Dietze S. 394, der in seinem Fallbeispiel (Fünf-Tage-Woche in der Schule) bei nur teilweiser Ungewöhlichkeit und zusätzlicher anderer Gründe das Fehlen einer wesentlichen Erneuerung annimmt.

20. Wirkt sich die Flexibilität der Maßnahme auf den Vorbehaltsbereich aus? [471]

Bei vielgestaltigen und sich rasch wandelnden Verhältnissen wird das Handeln der Verwaltung begünstigt, wenn sie möglichst wenig eingrenzende Normen beachten muß. In diese Richtung zielen die Erwägungen, mit denen die "vorbehaltsfreie" Anstaltsgewalt begründet wurde [472], weil sich die vielen Maßnahmen nicht vorherbestimmen ließen, bzw. es genüge für den Vorbehaltsbereich, nur den Zweck der Anstalt festzulegen. Bei einer genaueren Bestimmung sei die Funktionsfähigkeit der Anstalt beseitigt. Außerdem wird behauptet, daß die Reaktion auf rasch sich verändernde Situationen und Problemstellungen eine Sache der Exekutive wäre, weil sie im eigentlichen Sinne die "dynamische Kraft" sei, und in den wechselnden Problemlagen komme ihr die politische Führungsrolle zu [473], bzw. das parlamentarische Verfahren sei zu zeitaufwendig [474]. - Auf das "Ob" des Vorbehaltsbereichs hat, wie nachfolgend bei Kapitel VII ausgeführt, die Flexibilität bzw. die Funktionsfähigkeit keinen Einfluß. Sie begünstigt zwar die Verwaltungseffizienz, nämlich eine rechtmäßige und möglichst gute Verwirklichung des Rechts- und Sachauftrages der Verwaltung in einer zeitlichen, finanziellen und quantitativen Dimension [475], als Abgrenzungskriterium von "wesentlich" und "unwesentlich" läßt sie sich aber nicht einordnen [476]. Im Rahmen der Bestimmtheit wird dagegen ein größerer Freiheitsraum in Form von Ermessensbestimmungen und unbestimmten Rechtsbegriffen zugestanden, um

---

471 Vergleiche hierzu auch die Ausführungen bei Kapitel IV 4. und 5.

472 Vergleiche Kapitel VII

473 Rottmann S. 293

474 Eberle S. 492, soweit aber die Grenzen der parlamentarischen Leitentscheidung überschritten seien, müsse der Gesetzgeber "nachfassen". Mit einer zeitlich vorgängigen Regelung durch die Exekutive werden aber bereits Fakten geschaffen, die sich insbesondere bei Begünstigungen aus politischen Gründen vielfach parlamentarisch nicht rückgängig machen lassen, so daß letztlich die Exekutive die Leitentscheidungen trifft.

475 Vergleiche zum Begriff der Verwaltungseffizienz insbesondere Wahl S. 188; Wagener S. 272 meint, besser als der Effizienzbegriff seien die Begriffe "Effektivität", "Wirtschaftlichkeit","Wirksamkeit" oder "Leistungsfähigkeit".

476 Kisker, Vorbehalt S. 1319

den schnell wechselnden Situationen des Lebens gerecht zu werden [477], womit der Exekutive ihre "dynamische Kraft" erhalten bleibt [478]. Es ist dabei häufig nicht möglich, die Aufgaben der Exekutive in klaren Begriffen zu umgrenzen [479]. Andernfalls wäre durch Arbeitsüberlastung die Funktion des Parlaments gefährdet [480], was gerade die Wesentlichkeitstheorie verhindern will. Die Konsequenz daraus kann aber nicht sein, die (Grenz-)Bestimmungen der jeweiligen Ermächtigungen und damit der Freiheit des Bürgers durch "vage Generalklauseln" dem Ermessen der Verwaltung zu überlassen [481]. Bei zu großer Unbestimmtheit führt die Verwaltung nicht mehr die Gesetze der Legislative aus, sondern entscheidet an deren Stelle [482].

Ermessensbestimmungen und unbestimmte Rechtsbegriffe erweisen sich somit vielfach als notwendige Mittel, um der Wesentlichkeitstheorie gerecht zu werden: Damit sollen einerseits die Parlamente von weiteren Arbeitsüberlastungen befreit werden und andererseits ausreichend Zeit finden, die Leitlinien der pluralistischen Gesellschaft festzulegen [483]. Diese Mittel selbst müssen entsprechend der Bedeutung der zu regelnden Materie genügend bestimmt sein [484], weshalb die Flexibilitäts-Elemente nicht in der Lage sind, Abgrenzungsanzeichen für die Wesentlichkeitslehre zu liefern.

---

477 Norbert Henke S. 609 f; Loschelder S. 468; Franz Mayer S. 190; Niehues S. M 62; Ossenbühl, Staatstätigkeit S. B 157; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939; BVerfGE 8,274,326; 49,89,133; BVerfG NJW 1979, 359, 362; BVerfG NJW 1981, 1311 mit weiteren Nachweisen

478 Auf Seite 297 erwähnt auch Rottmann die Flexibilität als ein Kriterium des Bestimmtheitsgebotes.

479 Jesch, Auslegung S. 244 f; Rottmann S. 289; Spanner, Verwaltungsrecht S. 10

480 OVG Münster DVBl 1978, 62, 64

481 Hansen S. 278 f; Jesch, Verwaltungsverordnungen S. 91; Kiess S. 174; Franz Mayer S. 194; Niehues S. M 63; Spanner, Verwaltungsrecht S. 9; BVerfGE 1,14,60; 6,32,42; 8, 274,325; 9,137,149; 13,153,160; BVerfG NJW 1981, 1311; BVerwGE 2,114,116f; vergleiche auch Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 806 mit weiteren Nachweisen

482 Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S. 806

483 Fuß, Kontaktverhältnisse S. 768; Franz Mayer S. 190; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939; Starck, Gesetzesbegriff S. 275 f; BVerwGE 47,201,204f

484 Bachof, Verwaltungsrecht II § 101 VII d 3 S. 432; Norbert Henke S. 611 f; Kisker, Zuständigkeiten S. 55; Starck, Gesetzesbegriff S. 277 und 280; Stern, Staatsrecht I § 20 IV 4 S 807; BVerfGE 9,137,147ff; 49,89,133; OVG Münster DVBl 1978, 62, 64

21. Weitere allgemeine Unterscheidungen als Abgrenzungsanzeichen?

Die Übernahme allgemeiner Rechtsgedanken aus anderen Bereichen hat sich häufig bewährt. So sind Revisionen im Justizbereich meist davon abhängig, ob die Rechtssache von "grundsätzlicher Bedeutung" ist. Sie wird fallbezogen danach beurteilt, ob zu erwarten ist, daß die gleiche Rechtsfrage auch künftig wiederholt auftreten wird oder wenn über die Auslegung in der Rechtsprechung oder in der Literatur unterschiedliche Auffassungen bereits geäußert wurden oder zu erwarten sind [485]. Ob die Streitfrage zwischen den prozeßführenden Parteien auch für das gesellschaftliche Leben von Bedeutung ist, spielt keine Rolle. Auch deren Merkmale (ob a. die gleiche Rechtsfrage wiederholt auftreten kann oder b. eine unterschiedliche Rechtsauffassung in der Literatur vorliegt) differenzieren nicht zwischen "wesentlich" und "unwesentlich", bzw. ihre Eignung dafür ist auch nicht zu erkennen. Für die Abgrenzung des Vorbehalts lässen sich daraus keine Abgrenzungsanzeichen entnehmen, denn zukünftige Meinungsunterschiede zwischen zwei oder mehreren Personen sind zu fast allen Sachverhalten denkbar.

Die Differenzierungen zwischen erfolgs- und handlungsbezogenen Maßnahmen sowie zwischen Tun und Unterlassen sind für einige Rechtsgebiete (wie z. B. im Strafrecht) aus unterschiedlichen Gründen bedeutungsvoll, ein allgemeiner Rechtsgedanke im gesellschaftlichen Leben über deren verschiedenen Wertigkeiten, aus denen sich dann ein Indiz für die Abgrenzung beim Vorbehalt des Gesetzes rechtfertigen könnte, ist weder bekannt, noch läßt sich solches aus der Unterscheidung und deren Folgen erkennen. - Anders verhält es sich zwischen dem Erlaß genereller Verhaltensregelungen und der Gestaltungsfunktion der Verwaltung im Rahmen des Bestimmtheitsgrundsatzes [486]. Die Gestaltungsfunktion wird stark durch die staatsleitende Entscheidungsfunktion der Exekutive beeinflußt, die , wie schon mehrfach erwähnt [487], nicht voll dem

---

485 Egon Schneider, Kommentar § 546 ZPO Anm. 9 d RNr. 35 S. 1250

486 Brohm, Verwaltungsrecht S. 268

487 Vergleiche insbesondere vorstehend 6.

Vorbehalt des Gesetzes unterliegt. Die Praxis hat z. B. bei wirtschaftslenkenden Gesetzen und bei sonstigen Planungen schon längst die Konsequenz gezogen [488]. Begründen läßt sich dies großteils auch mit einem weiteren Bestimmtheitsmerkmal, nämlich der Beurteilung des Sachbereiches danach, inwieweit er einer begrifflichen Umschreibung zugänglich ist [489].

Ohne Einfluß auf den Bestimmtheitsgrad ist - entgegen anders lautender Behauptungen [490] - die Art der Legitimation des Normgebers, denn eine Rechtfertigung aus den Leitlinien des Vorbehalts des Gesetzes ist hinsichtlich der Art der Legitimation des Normgebers nicht zu erkennen.

Bereits angesprochen (und nicht weiter ausgeführt) wurde die Größe des Adressatenkreises, deren Auswirkungen auf die sozialgestaltenden Regelungen und deren finanziellen Umfangs. Genau beziffern läßt sich das Abgrenzungsanzeichen in Form von absoluten Personenzahlen oder Prozentzahlen nicht. Es wird meist von anderen Indizien mitbestimmt. Allein auf die Personengruppen abgestellt, sind mindestens gesellschaftlich bedeutende Minderheiten und deren wesentliche Teile zu berücksichtigen. Grundsätzlich zutreffen dürfte dies auf die Anzahl Personen, die nach dem Gesetz für so bedeutend gehalten werden, daß sie einen Volksentscheid (oder auf kommunalem Sektor einen Bürgerentscheid [491]) beantragen können [492]. Gleiches gilt für die Bundes- und Landtagswahlen bezüglich der Parteien, die bei der Sitzverteilung nur dann berücksichtigt werden, wenn sie mindestens 5 % der abgegebenen gültigen Stimmen erreicht haben. Mit den unterschiedlichen Zahlen be-

---

488 Brohm, Verwaltungsrecht S. 268 mit weiteren Nachweisen; Ossenbühl, Staatstätigkeiten S. B 157 f

489 BVerfG NJW 1981, 1311

490 So aber Geitmann S. 153; vergleiche dazu die Ausführungen zu 4. und 5.

491 Z. B. auf Gemeindeebene in Baden-Württemberg nach § 21 Abs. 3 GO: mindestens 15 % der Bürger, ausreichend aber bereits 3.000 bei nicht mehr als 50.000 Einwohner, von 50.000 bis 100.000 genügen 6.000 Einwohner, bei 100.000 bis 200.000 sind es 12.000 Einwohner, darüber werden nur 24.000 Einwohner benötigt.

492 Z. B. bedarf es in Baden-Württemberg für den Antrag auf Zulassung des Volksbegehrens gemäß § 25 Abs. 4 VAbstG mindestens 10.000 Unterschriften wahlberechtigter Bürger, wobei es dann zur Volksabstimmung kommen muß, wenn mindestens 1/6 der Wahlberechtigten die Volksabstimmung in den zugelassenen Fällen der baden-württembergischen Verfassung verlangen

rücksichtigt und bewertet der Gesetzgeber die Bedeutung des jeweiligen Rechtsgebietes. Regelmäßig sind diese Personenzahlen auch für die demokratische Integration der Gesellschaft bedeutungsvoll und rechtfertigen sich schon daher, als Abgrenzungsanzeichen für den Vorbehaltsbereich angesehen zu werden.

Auf kommunaler Ebene läßt sich zwischen Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben unterscheiden. Der Gesetzgeber erachtet bestimmte Aufgaben für die gesamte Bevölkerung derart als bedeutend, daß er zu deren Erfüllung die Kommunen verpflichtet hat. Aus dieser gesellschaftsprägenden Verpflichtung als bedeutende und grundlegende Regelung für das Gemeinschaftsleben rechtfertigt sich das Merkmal "Pflichtaufgabe" als Indiz für den Satzungsvorbehalt (bei Herabzonung der Wesentlichkeitstheorie, weshalb aber freiwillige Aufgaben nicht zwangsläufig als "unwesentlich" einzustufen sind - siehe unten). Eine weitergehende Unterscheidung zwischen weisungsfreien und weisungsgebundenen Aufgaben ist auf diesem Gebiet nicht augenfällig: Die Gründe des Weisungsrechts sind nicht dominierend in der Bedeutung der Materie zu sehen, sondern z. B. in der technischen Handhabung einzelner Angelegenheiten; andererseits gehört die Erledigung der Weisungsaufgaben, soweit sie nicht die Satzungsgebung betreffen, nach den gesetzlichen Vorschriften ausschließlich zum Tätigkeitsbereich der Verwaltung(sspitze).

Mit der Indizierung der Pflichtaufgaben als wesentlich ist noch keinesfalls gesagt, daß freiwillige Aufgaben grundsätzlich als unwesentlich zu gelten haben. Gerade sie verbessern die Infrastruktur der Kommunen und damit die Lebensqualität des einzelnen, sind aber abhängig von der finanziellen Leistungskraft der Gebietskörperschaft sowie der persönlichen Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft seiner Einwohner. Bei den Pflichtaufgaben muß dagegen der Staat für die finanziellen Voraussetzungen der Kommunen sorgen.

Demnach können Pflichtaufgaben als Abgrenzungsanzeichen angesehen werden, während zu den freiwilligen Aufgaben damit noch keine Aussage getroffen wäre. Letztlich kommt das Indiz in der Praxis nicht zur Anwendung, weil der Gesetzgeber mit

der Verpflichtung das "Ob" des Vorbehalts regelt und für eine Differenzierung allein aus der gesetzlichen Verpflichtung einer Aufgabe ein notwendiger Grad der Bestimmtheit nicht zu erkennen ist.

22. Zusammenfassung der brauchbaren Abgrenzungsanzeichen

a) Abgrenzungsanzeichen, die sowohl für den Vorbehalt des Gesetzes bzw. den Satzungsvorbehalt als auch für den Grad der Bestimmtheit des Vorbehalts heranzuziehen sind

Vorrangig zu benennen ist dabei die Grundrechtsbetroffenheit des einzelnen. Besonders zu berücksichtigen sind dabei a) die verschiedenen Grundrechtswerte, die regelmäßig je nach Bedeutung ohne oder mit ausdrücklichen und differenzierten Gesetzesvorbehalten ausgestattet sind; b) die Intensität der Betroffenheit, die von der Wahrscheinlichkeit des Schadens- bzw. Erfolgseintritts sowie dessen Umfangs abhängt (und ebenfalls für das dazugehörende Organisations- und Verfahrensrecht zu gelten hat); c) unmittelbare hoheitliche Maßnahmen, wobei aber damit zu mittelbaren Regelungen keine Bewertung getroffen ist und d) ob es sich nicht um eine offensichtliche Bagatelle handelt. - Die Gemeinschaftsrechte, die den vorstehenden Individualrechten gleichgestellt sind, werden ebenfalls (vergleichbar mit dem Polizeirecht) abstrakt nach der Wertigkeit des in Frage stehenden Gemeinschaftsgutes und konkret an der Wahrscheinlichkeit des Schadens- bzw. Erfolgseintritts gemessen, wobei besonders noch einige der nachfolgenden Indizien heranzuziehen sind, um zu einem greifbaren Ergebnis zu gelangen. - Desweiteren ist auf die generelle Bedeutung des zu regelnden Rechtsbereiches abzustellen, wobei es auf die Wertungen des Grundgesetzes ankommt. - Meist gestalten sich die politisch aktuellen Themen, nämlich häufig die umstrittenen Bereiche, als besonders wichtig.

Bei den finanziellen Auswirkungen ist zwischen den Gemeinschafts- und Individualinteressen zu differenzieren. Die Gemeinschaftsinteressen sind mit 20 % eines wesentlichen Rechtsbereiches (z. B. das Anlagevermögen einer öffentlichen

Einrichtung) oder 10 % des Gesamtbetrages des Haushaltsplans bereits als bedeutend einzustufen. Häufig genügen auch geringere Prozentsätze. Für die Kommunen bieten - neben den Regelungen in den Hauptsatzungen - die Grenzwerte der Durchführungsverordnung zu den Gemeinde- und Landkreisordnungen über die Beschlüsse der Kommunen zur Errichtung, Übernahme oder Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen, die der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen sind, gute Ansatzpunkte für die Abgrenzung von "wesentlich" zu "unwesentlich" sowie für den Bestimmtheitsgrad. Bei ihnen wird auch nach den Einwohnerzahlen der Kommunen unterschieden. - Bei den Individualinteressen liegt je nach Rechtsgebiet der Geringfügigkeitsbereich zwischen 3,-- und 50,-- DM. - Je erheblicher eine Regelung die gegenwärtige tatsächliche oder rechtliche Lage ändert oder als ungewöhnlich anzusehen ist, um so notwendiger bedarf es wegen des Veröffentlichungseffektes einer gesetzlichen Regelung. Dies gilt besonders für die Erweiterung der Hoheitsbefugnisse.

Die Größe des angesprochenen Personenkreises kann ein wichtiger Faktor sein. Gesellschaftlich bedeutende Minderheiten zählen durchaus als wesentliche "Größe". Anzahlmäßig sollten sie in der Lage sein, einen Volksentscheid (oder auf kommunalem Sektor einen Bürgerentscheid) beantragen zu können oder bei den Wahlen dem Stimmenanteil nach bei der Sitzverteilung berücksichtigt zu werden.

Die sozialgestaltende Wirkung einiger hoheitlicher Maßnahmen ist mitverantwortlich, daß etliche der genannten Indizien als erheblich anzusehen sind.

Nur von sekundärem praktischen Wert ist der Gedanke politischer Bedeutsamkeit in Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz für die hoheitlichen Gemeinschaftsinteressen, denn der "Politik"-Begriff bedarf zu seiner Konkretisierung weiterer Indizien der Wesentlichkeitstheorie.

Auf derselben Stufe wie die vorangehenden Kriterien sind die speziellen (bzw. fehlenden) Arten der Grundrechtsvorbehalte angesiedelt, aus denen zu ersehen ist, welche Bedeutung die

Verfassung einzelnen Rechtsgütern beimißt. Fallbezogen läßt sich aber nur selten die Bedeutung einer Regelung anhand des Vorbehaltsbereichs ablesen. - Auf der Stufe des kommunalen Satzungsvorbehalts besitzt die Unterscheidung von Pflichtaufgaben zu freiwilligen Aufgaben nur eine nachrangige Bedeutung.

Vorwiegend für das "Ob" und nur selten für das "Wie" des Vorbehaltsprinzips läßt sich die Dauerhaftigkeit einer Maßnahme als Indiz benutzen, denn zeitlich beschränkte Regelungen, die nur als Übergangslösungen anzusehen sind, bilden die Ausnahme.

b) Abgrenzungsanzeichen, die lediglich beim erforderlichen Bestimmtheitsgrad einer Regelung heranzuziehen sind

Bei technischen Angelegenheiten bedarf der Experte und der Techniker häufig einer breiteren Entscheidungsfreiheit, was eine "größere Unbestimmtheit" als üblich zur Folge haben kann. - Das "Wie" der Regelung ist vielfach von der Möglichkeit einer genaueren begrifflichen Umschreibung abhängig. - Die Flexibilität hoheitlichen Handelns erfordert teilweise einen größeren Freiheitsraum der Exekutive in Form von Ermessensbestimmungen und unbestimmten Rechtsbegriffen, um den rasch wechselnden Situationen des Lebens gerecht zu werden. - Für die (inneren) Gestaltungen der Verwaltungen besitzen die Führungsorgane der Exekutive im Gegensatz zu den allgemeinen Verhaltensregelungen eine größere Entscheidungskompetenz; dasselbe gilt für die allgemeinen planerischen Gestaltungen.

c) Abschlußanmerkung

Die vielen Abgrenzungsanzeichen mit teilweiser beachtlicher Bandbreite dürfen nicht zu einem Totalvorbehalt mittels einer zweckentfremdenden Wesentlichkeitslehre führen. Eine abschließende Gesamtbeurteilung des Einzelfalls erweist sich daher als unerläßlich, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, ob es sich nur um eine offensichtliche Bagatellregelung handelt oder um eine staatsleitende Maßnahme der

Exekutive oder um eine sozialgestaltende Maßnahme. - Auch gewinnt heute bei der Inflation von Normen und unter dem Einfluß der Wesentlichkeitstheorie ein altes Sprichwort für den Gesetzgeber an Bedeutung: "Willst Du gelten, mach Dich selten" [493].

---

493 Zippelius, Wertungsprobleme S. 173

Kapitel VI: Die Werttheorie als Hilfsmittel der Wesentlichkeitstheorie?

Die Werttheorie zählt zu den bedeutendsten Lehren im Bereich der Grundrechte [1]. Sie will unter anderem in Fragen der Vorrangstellung bzw. der Inhaltsbestimmung einzelner Grundrechte hilfreich sein. Eventuell ist sie für die Unterscheidung von wesentlich zu unwesentlich förderlich [2], zumal die Wesentlichkeitstheorie ebenfalls die Werthaftigkeit einzelner Rechtsgüter berücksichtigt.

1. Das Grundgesetz als Wertordnung

Das Grundgesetz wird heute allgemein als oberste Wertordnung angesehen [3]. Als "Ordnung" hat sie die Aufgabe, die "Regelmäßigkeit" im menschlichen Zusammenleben zu gewährleisten [4]. Dieser Teil der Verfassung beinhaltet nicht die subjektiven Ansprüche des einzelnen, sondern verkörpert den Charakter objektiver Normen [5]. Mit der objektiven Wertordnung hat das Grundgesetz gleichzeitig eine Wertrangordnung errichtet [6], die aber nicht so ausführlich ist, daß es an einem konfliktssteuernden Entscheidungsspielraum der Legislative mangelt [7]. Diese Wertekonstellation ist teilweise erkennbar an den qualifizierten (bzw. fehlenden) Gesetzesvorbehalten [8]. Eine

---

1 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1530

2 Nach Kraft (Wertbegriffe S. 52) erfaßt der Wertcharakter auch den Unterschied von Wichtigem und Gleichgültigem. Für Kourim (S. 14 f) ist die Funktion der Wertanalyse eines der wertvollsten Hilfsmittel zur Trennung zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem.

3 Vergleiche z. B. Bettermann, Grenzen der Grundrechte S. 19; Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1533; Forsthoff, Staatsrecht und Rechtsstaat S. 694; derselbe, Der introvertierte Rechtsstaat S. 388; Stein S. 1747; Zippelius, Staatsrecht § 19 I 2 S. 146 f; derselbe, Wertungsprobleme § 29 S. 174; BVerfGE 13,331,346; 33,1 und 11f; 40,237,249

4 Dürig, Generalermächtigung S. 68

5 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1533; Dürig, Menschenwürde S. 117; Forsthoff, Der introvertierte Rechtsstaat S. 388; Eike von Hippel S. 39; BVerfGE 39,1,41; BVerfG NJW 1979, 359, 363

6 Zippelius, Wertungsprobleme § 29 S. 174; Eike von Hippel S. 39

7 Denninger, Freiheitsordnung S. 548

Sicherung erfahren etliche Werte über die "Ewigkeitsentscheidung" des Artikels 79 Absatz 3 Grundgesetz [9].

Der Wertcharakter der Verfassung verhindert die Wertneutralität eines nur noch funktionalistischen Legalitätssystemes und macht die Bundesrepublik zu einer streibaren Werteordnung [10]. Es ist die Aufgabe der Staatsorgane - insbesondere bei Konfliktsfällen - für die Verwirklichung der Verfassungswerte zu sorgen [11]. Hier ist vor allem der Bereich des Grundrechtsschutzes zu nennen [12]. Ohne diese Aktualisierung (Gegenwartsbeziehung) der Verfassung durch den (konkretisierenden) Gesetzgeber würde das Grundgesetz als Werteordnung ihren Zweck verfehlen, a) oberste Werteordnung zu sein [13], weshalb die Verfassung nicht durch niederrangiges Recht außer Kraft gesetzt werden kann [14], b) die Integration zu einer Erlebnis-, Kultur- und Wertegemeinschaft bzw. eine einheitsbildende Zusammenordnung zu ermöglichen, damit der Pluralismus nicht zur Anarchie ausartet [15] sowie c) die Einheit des grundlegenden Wertsystems zu wahren [16]. Die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen durchdringen z. B. einerseits das Zivil- und Strafrecht und legitimieren es, andererseits wirken diese Bereiche auf die Verfassung zurück [17]. Insoweit entfaltet sie Drittwirkung [18]. An diese Wertentscheidungen ist der gesamte Staatsapparat unmittelbar gebunden [19]. Sie geben Impulse und Richtschnur für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, wie z. B. für gesetzgeberisches und administratives Ermessen [20].

---

8 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 203
9 Dürig, Verfassung und Verwaltung S. 197 ist der Ansicht, die Ewigkeitswerte könnten wegen ihres Ewigkeitscharakters nicht in eine zeitliche oder graduelle Rangordnung gezwungen werden.
10 Denninger, Freiheitsordnung S. 548; Kimminich S. 17
11 Campenhausen S. 200; BVerfGE 33,1,12
12 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1533 f; BVerfGE 33,1,12
13 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 184
14 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 43
15 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1533; Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 184; Isensee S. 545; Hans Klein, Grundrechte S. 27
16 BVerfGE 49,24,56
17 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 213
18 Hans Klein, Grundrechte S. 27
19 Stein S. 1747
20 Zippelius, Staatsrecht § 19 I 2 S. 146; BVerfGE 39,1,41; BVerfG NJW 1979, 359, 363

Nach den Erfahrungen der Vergangenheit ist für ein westlich geprägtes Staatswesen mit seinem pluralistischen Leben eine werthafte Verfassung unverzichtbar.

2. Welche Aussagefunktion obliegt dem Wertbegriff?

Die Definitionsversuche des "Wert"-Begriffes sind in der Literatur derart vielfältig, daß sie nur mit einer dreistelligen Ziffer ausgedrückt werden können [21]. Zutreffend erscheint aber, den Wert nicht als selbständiges Objekt zu erachten, sondern nur in Zusammenhang mit einem Wertträger zu sehen [22]. Der Träger selbst ist ein Gut, dem ein Wertprädikat zugesprochen wird [23]. Es geht demnach um die subjektive Beimessung einer Qualität an ein Objekt, also eine Subjekt-Objekt-Beziehung, die von der Allgemeinheit oder einem Individuum vorgenommen wird [24]. Letztlich ist das Werturteil eine Form des Gefühls (z. B. gefallen, billigen) [25], mit dem die Betrachter vielfach entsprechende Handlungsweisen rechtfertigen [26]. Sie werden daher auch als Vorzugsregeln oder Präferenzen bezeichnet [27] und sind die Repräsentanten eines Gutes [28]. Ihre Geltung innerhalb der Gesellschaft ist das Ergebnis des Einflusses, den die Individien in einer bestimmten Gruppe ausüben [29]. Verfahrensmäßig wird der Wert eines Gutes behauptet und gleichzeitig die allgemeine Anerkennung in Anspruch genommen, wobei der Erklärende an seine Erklärung die Erwartung knüpft, der Adressat seines Urteils werde sich mit der Aussage identifizieren und in derselben Weise Stellung nehmen [30]. Im Gegensatz zu den Tatsachenurteilen steht bei den Werturteilen nicht das "objektive" Erkennen im Vordergrund, sondern die "subjektive" Einschätzung [31]. Eine Objektivierung erfahren die Werte, indem sie durch bestimmte Verhaltensweisen in Rechtsnormen allgemeinverbind-

---

21 Stammen S. 176
22 Kraft, Wertbegriffe S. 45
23 Kraft, Grundlagen S. 18; derselbe, Wertbegriffe S. 44
24 Kraft, Wertbegriffe S. 52 f; Tammelo S. 103 f
25 Theodor Geiger S. 42; Topitsch, Kritik S. 27
26 Schlosser S. 148 f
27 Podlech, Wertungen S. 195; Schlosser S. 148
28 Kraft, Wertbegriffe S. 53
29 Tammelo S. 53
30 Albert, Wissenschaft und Politik S. 205 f
31 Schreiner S. 130

lich festgelegt werden [32]. Die Werte werden daher nicht durch ein Verfahren bewiesen, sondern können sich aufgrund eines Verfahrens als begründet erweisen [33].

3. Sind die Werte zeitlos oder wandelbar?

Der Ewigkeitscharakter in Artikel 79 Absatz 3 GG sowie die vorstaatlichen Grundwerte legen den Schluß nahe, daß es zeitlos (absolute) Werte gebe. Diese Werte könnten sich aber ebenso aus einer vorstaatlichen Gemeinschaft herausgebildet haben [34] und deshalb veränderliche (relative) Werte sein. - Die Anhänger der Naturrechtslehren unterstellen den Werten eine unveränderliche Eigenschaft auch hinsichtlich ihres Ranges, während sie die Vorzugsregeln zeitlich prinzipiell als variabel betrachten [35]. So wird z. B. geäußert, die Würde des Menschen wäre etwas von Zeit und Raum unabhängiges Seinsgegebenes [36], oder der Mensch besitze in der Schöpfungsordnung einen eigenständigen Wert, dessen Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit seien [37]. Dagegen spricht besonders, daß die Grundrechte bzw. Grundwerte das Ergebnis einer bestimmten historischen Entwicklung mit ideal- und realgeschichtlichem Hintergrund sind, deren Zukunft von äußeren Gegebenheiten abhängt, welche unablässig fördernd, abändernd und neugestaltend wirken [38]. Die Absolutheitsanhänger trennen zu stark die Objekt-Subjekt-Beziehung des Wertes, indem sie die subjektive Vorzugsregel verselbständigen; das eine ist aber nicht ohne das andere denkbar [39]. Die Gefahr der Naturrechtslehren ist groß, etwas in die Dinge hineinzulesen und anschließend das Hineingelesene als "natürlicher Befund" herauszulesen [40]. So läßt sich eine hierarchische Ordnung zeitloser, absoluter Werte wissenschaftlich nicht beweisen [41].

---

32 Winkler, Wertbetrachtung S. 40
33 Tammelo S. 113
34 Vergleiche Hammel S. 51
35 Scheler, Werte S. 4 und 8 ff; Zippelius, Wertungsprobleme S. 110 ff
36 Dürig, Menschenwürde S. 125
37 BVerfGE 2,1,12
38 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1534; Campenhausen S. 202 und 205; Fechner S. 5 ff
39 Kraft, Wertbegriffe S. 53
40 Campenhausen S. 202
41 Schlossen S. 164 f

In der heutigen Zeit sind die Wertrelativisten in der Überzahl. Bei ihnen ist der Wert eines Gutes ein Produkt der Zeit und untrennbar damit verbunden [42]. Danach besitzen die tonangebenden Gesellschaftsschichten einen maßgeblichen Einfluß auf die Geltung der Werte und ihren Rang [43]. In der Bundesrepublik wird dies durch demokratische Wahlen und zeitliche Begrenzung als Mandatsträger verfahrensmäßig begünstigt [44]. Werte sowie deren Wandel außerhalb des parlamentarischen Verfahrens und des Normensystems entfalten sich im Rechtsleben vorwiegend bei den ausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensnormen [45].

Unabhängig von den Wertlehren sind also die Werte bzw. ihre Vorzugsregeln dem zeitlichen Wandel unterworfen. Diese realitätsbezogene Einstellung erschwert die Bildung fester Werthierarchien und damit ebenso die wichtige Unterscheidung von wesentlich und unwesentlich im Bereich der Vorbehaltslehre. Nicht anders verhält es sich im Verfassungsrecht, das in der Literatur gekennzeichnet ist durch den Begriff des "stillen Verfassungswandels": Bei gleichbleibendem Text erhält die Verfassungsnorm eine andere Bedeutung [46]. Es bedarf also keiner förmlichen Verfassungsänderung (Artikel 79 Grundgesetz) [47]. Eine Änderung über den Wortsinn hinaus ist aber durch Artikel 79 Absatz 1 Satz 1 Grundgesetz praktisch nahezu unmöglich [48].

Die Frage nach dem (stillen) Verfassungswandel ist nichts anderes als ein Problem der Interpretationsfähigkeit und Interpretationsbedürftigkeit der Verfassung selbst [49], bei denen die rechtsethischen Anschauungen nicht zum Zeitpunkt der Entstehung der Verfassungsnorm, sondern nach den jetzt herrschenden Wertanschauungen zugrunde zu legen sind [50]. Zur

---

42 Vergleiche z. B. Winkler, Wertbetrachtung S. 48
43 Theodor Geiger S. 39; Tammelo S. 53
44 Isensee S. 550
45 Schlosser S. 167
46 Hesse, Verfassungswandel S. 126; Zippelius, Staatsrecht § 6 IV S. 47
47 Zippelius, Staatsrecht § 6 IV S. 47 f
48 Zippelius, Staatsrecht § 6 IV S. 48: Die theoretische Ausnahme wäre ein höherrangiges Verfassungsgewohnheitsrecht, gegen das es keine Veränderungssperre gibt.
49 Kimminich S. 15; Rupp, Wandel S. 164
50 Rupp, Wandel S. 164; Zippelius, Wertungsprobleme §§ 30 und 36 S. 176 und 208

Aufrechterhaltung der staatlichen Funktionsfähigkeit kommt ausnahmsweise der Verfassungswandel erst nach einer Überlegungsfrist voll zum Tragen [51]. Durch diese Art des Wandels wird die Verfassung (einschließlich der Grundrechte) einerseits lebensnah und dynamisch, indem sie sich den neuen geistigen Gehalten öffnet, andererseits ist sie durch den unveränderten Wortlaut der jeweiligen Verfassungsnorm relativ statisch [52]. Dem Wandel unterliegen selbst Rechtsgüter mit "Ewigkeitscharakter" (Artikel 79 Absatz 3 Grundgesetz) [53].

Die Ursachen des stillen Verfassungswandels werden durch verschiedene gesellschaftliche Ereignisse ausgelöst, wie z. B. die wandelbare Verwirklichung des Sozialstaates [54], Veränderungen in der Mentalität sowie der Persönlichkeitsstruktur der Menschen [55], das Nebeneinander vielfältig wandelbarer Interessen, welches besonders bei der Güterabwägung im Rahmen des Wesensgehalts der Grundrechte große Resonanz besitzt [56] sowie die Technisierung und Industrialisierung der Wirtschaft, die zu charakteristischem Fortschrittsbewußtsein und Traditionsverlust führt [57]. Aus den daraus resultierenden geänderten Wertigkeiten in den letzten Jahrzehnten sind besonders die Themen Schwangerschaftsabbruch [58], Umweltschutz [59], Existenz-, Schul-, Krebs-, Atom-, Kriegsangst [60], Datenschutz [61], Sozialbindung des Eigentums [62], gute Sitten [63], Züchtigungsrecht der Lehrer [64], Gleichbehandlung [65] sowie Strafbarkeit der Homosexualität [66] zu nennen.

---

51 BVerfGE 41,251,267
52 Fechner S. 28; Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 214
53 Weisel S. 92
54 Bachof, Rechtsstaat S. 44; Fechner S. 10
55 Fechner S. 10; Willi Geiger S. 21, 26 und 30
56 Häberle, Wesensgehaltsgarantie S. 216; Zippelius, Staatsrecht § 7 I S. 50
57 Fechner S. 10; Zippelius, Staatsrecht § 7 I S. 50
58 Vergleiche Friesenhahn, Wandel S. G 22 ff
59 Vergleiche Friesenhahn, Wandel S. G 22 ff
60 Vergleiche Willi Geiger S. 30
61 Vergleiche Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713
62 Vergleiche Raiser S. 5; Zippelius, Wertungsprobleme §§ 11, 13, 19 und 29 S. 62, 77, 111 und 171; BGHZ 6,270,277
63 Vergleiche Zippelius, Wertungsprobleme § 5 S. 24
64 Vergleiche Zippelius, Wertungsprobleme §§ 6 und 11 S. 27 und 62
65 Vergleiche Zippelius, Wertungsprobleme § 11 S. 62
66 Vergleiche Zippelius, Wertungsprobleme § 11 S. 62

4. Einflußfaktoren der Wertermittlung

Einige der Einflußfaktoren der Wertermittlung wurden vorstehend im Zusammenhang mit dem stillschweigenden Verfassungswandel angesprochen. Die individuelle Beurteilung des Gutes ist weitgehend abhängig von den Eigenschaften seines Prüfers, der theoretisch, ökonomisch, ästhetisch, sozial, religiös oder politisch veranlagt sein kann [67] und eventuell durch Gesetze, Regierungsgrundsätze, Vorbilder der Vergangenheit, Sitten, Gebräuchen, Stand und Beruf geformt wird [68]. So steht für den Kaufmann der Kredit, für den Landwirt das Eigentum und für den Offizier die Ehre hoch im Kurs [69]. Für die Rechtsgemeinschaft ist aber nicht die individuelle Beurteilung maßgebend, sondern es entscheidet die herrschende Wertanschauung [70] und zwar selbst dann, wenn sie nicht mit den allgemeinen Ansichten der abendländischen Kultur oder gar aller Kulturvölker übereinstimmt [71]. Die herrschende Wertmeinung wird als "kollektive Moral" oder als "objektive Werterkenntnis" bezeichnet [72]. Zu welchem Zeitpunkt ein Werturteil vorherrschend ist, läßt sich nicht an Stimmen abzählen, sondern es muß gewogen werden, indem man sich in die Gemeinschaft einlebt, soziale Strukturen erkennt und Gefühle für Meinungen entwickelt, die in der Gemeinschaft lebendig und aktuell sind [73]. Mit wachsender Zahl anerkennender Subjekte gewinnt der Wert an Bedeutung [74]. Wie bei allen Erfahrungswissenschaften, deren Erkenntnisse als Vorschläge für die Interpretation tatsächlicher Geschehnisse anzusehen sind [75], ist es also wichtig, die Strukturen der Erfahrungstatbestände zu erkennen, herauszuheben und zu formulieren [76]. Regelmäßig wird diese Moral durch die staatlichen Organe

---

67 Zippelius, Wertungsprobleme §§ 22 und 33 S. 127 und 196
68 Maunz, Schranken der Grundrechte S. 12; Zippelius, Wertungsprobleme §§ 22 und 24 S. 128 und 136; vergleiche auch nachfolgend 5.
69 Zippelius, Wertungsprobleme § 22 S. 128
70 Zippelius, Wertungsprobleme §§ 11 und 23 S. 62 und 134
71 Dürig, Kommentar Art. 2 Abs. 1 GG RNr. 15 S. 17; Zippelius, Wertungsprobleme § 23 S. 134
72 Kraft, Grundlagen S. 218; Zippelius, Wertungsprobleme § 24 S. 143
73 Zippelius, Wertungsprobleme § 26 S. 150
74 Denninger, Freiheitsordnung S. 546
75 Albert, Ethik S. 516
76 Zippelius, Wertungsprobleme §§ 20 und 35 S. 114 f und 203

formuliert und kraft ihrer Autorität weitergestaltet [77]. Dabei hat der Gesetzgeber grundsätzlich die Kriterien und die Rangverhältnisse selbst zu bestimmen [78].

Zu dieser materiellen Wertethik gehört auch die Suche nach gerechten Werturteilen im Sinne der herrschenden Gemeinschaftsvorstellungen [79]. In einigen typischen Fällen wird die "Gerechtigkeitserkenntnis" besonders deutlich und schärft den Blick für andere Fälle, in denen ähnliche Eigenheiten wiederzufinden sind [80]. Eine daraus zu entwickelnde Formulierung wird häufig nicht allen Einzelfällen gerecht [81]. Die Suche nach dem herrschenden Gerechtigkeitsdenken darf nicht über das Phänomen und Problem der Suggestion hinwegtäuschen, die zu den merkwürdigsten Ergebnissen führt und besonders stark bei der Kriegspropaganda diktatorisch regierter Länder ausgeprägt ist [82]. Bei derart schwierigen Gestaltungen wird regelmäßig auf ein weiteres Problem, nämlich der erkennbar sittlichen Anschauungen ("anständiger Menschen"), verwiesen, deren Werturteile sich (in solchen Fällen) nicht an den tatsächlichen Bräuchen ausrichten [83].

Das Verfahren der Wertermittlung ist beschränkt auf die Frage des Vorziehens bzw. des Nachsetzens [84]. Mit dem Vorzugsakt verbindet sich das Ziel bzw. der Zweck als Orientierungswert [85]. Das Vorziehen selbst ist nicht an das Gesetz der Logik gebunden [86], sondern gründet sich auf Wertgefühle [87] - wie z. B. Liebe und Haß [88], Entzücken, Mitleid, Grauen,

---

77 Zippelius, Wertungsprobleme § 26 S. 151
78 Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes S. 38; BVerfGE 33,303,345f
79 Zippelius, Wertungsprobleme §§ 16 und 22 f S. 91 und 130 f
80 Zippelius, Wertungsprobleme § 20 S. 120
81 Zippelius, Wertungsprobleme § 21 S. 121
82 Zippelius, Wertungsprobleme § 33 S. 189
83 Zippelius, Wertungsprobleme § 31 S. 181
84 Albert, Ethik S. 476 f; Kraft, Grundlagen S. 233; Kourim S. 12; Scheler, Werte S. 5, 8 f und 12; Schlosser S. 148 f; Schreiner S. 87
85 Kourim S. 12
86 Podlech, Wertungen S. 203; Scheler, Werte S. 12
87 Albert, Ethik S. 476 f; Hartmann S. 528 und 547; Kraft, Grundlagen S. 220; derselbe, Werturteile S. 50; Podlech, Wertungen S. 203; Scheler, Werte S. 5; Topitsch, Kritik S. 27; Zippelius, Wertungsprobleme §§ 19 und 22 S. 107 und 128 f
88 Podlech, Wertungen S. 203; Topitsch, Kritik S. 17

Bewunderung, Begeisterung, Verehrung, Verachtung, Empörung, Abscheu [89] - oder auf erstrebenswerten ("vernunftsbezogenen") Idealbildern [90]. So werden Mangel- bzw. Fehlzustände - wie z. B. Not, Bedürfnis, Bedrohtsein, niederträchtige Ungleichbehandlung oder Beschränkung der geistigen Freiheit - gefühlsmäßig stark empfunden [91], während wirtschaftliche Alternativberechnungen [92] oder sonstige Güterabwägungen bzw. Folgenbetrachtungen [93] eher einem vernunftsbezogenen Idealbild entsprechen.

5. Das Beispiel des Einflusses der christlichen Soziallehre auf den Wertgehalt der Güter

In den vorangehenden Titeln 3. und 4. wurden etliche Einflußfaktoren genannt, die das Individuum und die Gemeinschaft und damit auch die Werthaftigkeit einzelner Güter formen. In diesem Abschnitt wird beispielhaft aufgezeigt, welche Wirkung bereits die christliche Soziallehre auf die Verhaltensweise der Gesellschaft entfaltet, um damit anzudeuten, wie groß die Probleme bei derart vielen Einflußfaktoren sind, den genauen Wert einzelner Güter in unserer Wertordnung zu ermitteln.

Der moderne Staat gilt als religiös und weltanschaulich neutral [94], weshalb er kein geschlossenes System einer Kirche oder Weltanschauungsgemeinschaft akzeptiert [95]. Ein freiheitlicher Staat kann derartige Grundüberzeugungen nicht erzwingen, ohne selbst zum totalitären Staat zu werden [96]. Die staatlichen Entscheidungsträger und die sie unterstützenden gesellschaftlichen Kräfte orientieren sich aber in ihrem be-

---

89 Hartmann S. 547; Kraft, Werturteile S. 51
90 Kraft, Grundlagen S. 220; derselbe, Werturteile S. 51; Podlech, Wertungen S. 203; dagegen anerkennt Hartmann (S. 528) nur die Gefühlswerte
91 Hartmann S. 562; Kraft, Grundlagen S. 249; Zippelius, Wertungsprobleme § 22 S. 128
92 Vergleiche die Bemühungen von Kourim S. 51 ff um ein abstraktes Wirtschaftlichkeitsverfahren
93 Maunz, Schranken der Grundrechte S. 11; Podlech, Wertungen S. 200 f; Schlosser S. 167; Schreiner S. 63, 75 und 97
94 Hans Meier S. 174; Oelmüller S. 125; Helmut Schmidt S. 18
95 Hans Meier S. 174
96 Helmut Schmidt S. 236

wußten und unbewußten Verhalten an ihren Grundüberzeugungen und somit vielfach an den christlichen Werten und Wertprämissen [97]. So wird in den verfassungsrechtlichen Grundrechten die lange Tradition eines christlichen Volkes deutlich [98]. Diese Wertüberzeugung wird sich in großen Teilen auch festsetzen, zumal das Schulwesen von Lehrern betrieben wird, die in einer Gesellschaft aufgewachsen sind, deren Maßstäbe aus der Kultur und Sitte des Christentums entstammen, was besonders prägnant im Religionsunterricht zum Ausdruck kommt [99].

An exponierter Stelle des Grundgesetzes befindet sich der Hinweis auf Gott und die Verantwortung des Menschen zu ihm, nämlich in der Präambel. Nachdem in einem religiösen und weltanschaulichen Staat die Rechtsfragen nicht an moraltheologischen, sondern an juristischen Maßstäben gemessen werden [100], ist das christliche Menschenbild der Präambel besonders im sittlichen Wert der unantastbaren Würde des Menschen verkörpert [101], die in Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz statuiert ist und den Vorrang gegenüber allen anderen Grundrechten genießt. Die Würde des Menschen enthält die Vorstellung von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen und den Auftrag an die Gemeinschaft, den Menschen die volle Entfaltung ihrer körperlichen, geistigen und sittlichen Anlagen zu ermöglichen [102]. Aber auch z. B. in Artikel 6 oder in Artikel 7 Grundgesetz kann ein christlicher Gehalt entdeckt werden [103]. All dies darf aber nicht dazu führen, spezifische Inhalte christlicher Offenbarung als aktuelle Grundwerte einzusetzen, denn bei der Verfassung geht es um weltliche Werte, die sich zwar aus einer christlichen Anschauung heraus entwickelt haben, die aber ebenso für Nichtchristen gelten sollen [104]. Auch dieses Verständnis gegenüber Andersdenkenden entspricht einer christlichen Auffassung, Toleranz zu üben [105], obwohl es

---

97 Häberle, Wertpluralismus S. 130 f; Oelmüller S. 125 und 129, Helmut Schmidt S. 236
98 Isensee bei Hans Meier S. 181; Kimminich S. 11 und 19; Mallmann S. 183
99 Campenhausen S. 208
100 Hans Meier S. 181 und 188
101 Dürig, Menschenwürde S. 117; Mallmann S. 183
102 Zippelius, Staatsrecht § 23 S. 179 f
103 Zippelius, Staatsrecht § 18 III S. 142
104 Hans Meier S. 188
105 BVerfGE 41,29,52

hierzu traurige und gegenläufige geschichtliche Entwicklungen gab. Die christlichen Werte sind also neben anderen Anschauungen nur Orientierungspunkte für Inhalt und Grenzen der Freiheit des einzelnen und der Gemeinschaft [106]. Sie sollen ja Antworten auf Fragen des Lebenssinnes geben, die nicht mehr mit der Erfahrungswelt erklärbar sind, nämlich die Beziehung des Christen zu Gott [107] und die damit verbundene ewige Seligkeit [108]. Durch diese metajuristische Ebene und den zeitlosen Kampf um die Werte, insbesondere zwischen Individuum und Gemeinschaft, unterliegen die Begründungen christlicher Werte verstärkt der Kritik [109].

Neben den bereits erwähnten Grundwerten des Staates und der Gesellschaft mit christlich historischem Hintergrund werden in der Literatur insbesondere folgende, aus dem christlichen Glauben entstammende Grundsätze genannt, die sich auch in der Werte- (und Gesellschafts-)Ordnung der Bundesrepublik "wesentlich" niederschlagen: die Hilfsleistungspflicht für die Armen und Unterdrückten, zu der auch der "Liebesparagraph" 323 c Strafgesetzbuch gehört [110], die Freiheit [111] bzw. das allgemeine Persönlichkeitsrecht [112], die soziale Gerechtigkeit [113], die Gleichheit [114], Zurückhaltung und Geduld bei der Ausübung von Rechten walten zu lassen, insbesondere durch die Reichen und Mächtigen [115] und dem Staat zu geben, was des Staates ist (und Gott, was Gottes ist) [116]. Sehr anschaulich hierzu sind die Gedanken des Erik Wolf zum "Recht des Nächsten", wie sich ein Christ in einer "weltlichen" Wertordnung bei einigen bedeutsamen Angelegenheiten verhalten sollte:

---

106 Häberle, Wertpluralismus S. 130 f
107 Helmut Schmidt S. 24
108 Oelmüller S. 131 f
109 Dürig, Kommentar Art. 2 Abs. 1 GG RNr. 70 S. 56
110 Dürig, Generalermächtigung S. 82; Zippelius, Wertungsprobleme S. 171
111 Hans Meier S. 189
112 Dürig, Kommentar Art. 2 Abs. 1 GG RNr. 70 S. 56
113 Hans Meier S. 189
114 Fritz Werner S. 23
115 Hammel S. 51; Zippelius, Wertungsprobleme S. 171
116 Kimminich S. 3; Oelmüller S. 131 f

"Nächstenrecht ist zwar Gottesrecht nachgeformt, aber weder von gleicher Art noch von gleichem Rang, jedoch von gleicher Verpflichtungskraft. Wie und wozu es verpflichtet, lehrt die Biblische Weisung (Seite 18). Für die Liebe 'im weiteren Sinn' ist auch das Opfer des ganzen Lebens nicht zu hoch (und demnach vernünftig). Seine Wirklichkeit besteht im Rechthaben Gottes auf den Menschen und im Rechtüben der Menschen gegen Gott. Seine Erkenntnis ist also eine sozialtheologische, sie beruht auf der Einheit von Theologie und Jurisprudenz (Seite 22). Jeder muß jedem der Nächste bleiben können - auch als Staat, Beamter, Funktionär, Vorgesetzter oder Inhaber sozialer Machtpositionen. Von hier aus wird man grundsätzlich Prozeßvergleiche in privaten und Schiedssprüche in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten empfehlen; womöglich Ersatz des Strafvollzugs durch bedingte Begnadigung gutheißen; die Vernichtung sog. 'lebensunwerten' Lebens, Menschenversuche mit gefährlichen Mitteln (auch wenn der Gefährdete zustimmt) sowie demonstrative Vernichtung von Lebensgütern als unvereinbar mit dem Nächstenrecht ablehnen, wie Zwangsmittel zum Geständnis, Herbeiführung unfreiwilliger Aussagen durch Narkoanalyse oder sonstige, die Menschenwürde verletzende polizeiliche Maßnahmen. Vorschriften zum Zweck persönlicher, ständischer, kollektiver Diskriminierung oder zur Hinderung priesterlicher, ärztlicher, caritativer Tätigkeit um politischer (wenn auch ideologisch motivierter) Zielsetzung willen, gehören zum 'gesetzlichen Unrecht'. Den Nächsten zu seinem Recht kommen zu lassen, verlangt auch sorgsame Überprüfung jeder sozialen Stellung im Recht - selbst wo man sie für 'wohlhergebracht' oder 'wohlerworben' hält. Das jeweils persönlich Zukommende ist grundsätzlich zu erwarten statt zu erzwingen und nie als Entkommendes zu schelten, was andern zukommt (Seite 26). Wo politischer Machtwille sozialer Gruppen mit unsachlichen Demonstrationen, gewaltsam und ohne Rücksicht auf Schäden, sich durchzusetzen versucht, fehlt es an der Achtung des Nächstenrechts. Aber auch die Wahrnehmung an sich berechtigter Privatinteressen darf dem Nächsten gegenüber nur behutsam gefordert werden und nur, wo sie unvermeidlich erscheint, zu zwingen erlaubt sein. Bedenkenlose Ausnutzung subjektiver Rechte (etwa Betreibung notleidender Schuldner), sachwidriger Gebrauch von Eigentum (besonders Vergeudung von Nahrungsmitteln) ver-

bietet das Nächstenrecht. Auch das Ergreifen jeder Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes gestattet es nur ausnahmsweise. Auf gesetzlich zulässige Selbsthilfe, Eigenmacht und noch weiter reichende, übergesetzliche Notrechte zu verzichten, wird oft anzuraten sein - es sei denn, daß die Aktion 'im tiefsten Grunde solidarischen Charakter trägt'. Nächstenrecht begrenzt auch das Streben nach geschäftlichen Erfolgs-Chancen. Es verlangt Bereitschaft zur Wiedergutmachung jeder Schädigung, Störung und Kränkung, selbst wo sie schuldlos verursacht wurde" (Seite 27).

Wolf relativiert dieses "Nächstenrecht" insoweit, daß es kein einseitig-subjektives Verhalten sei, sondern ein wechselseitiges, objektives Verhältnis [117]. - Bereits Martin Luther glaubte, in den "Zehn Geboten" die elementare Grundlage jeder Rechtsordnung zu sehen [118].

Der christliche Einfluß in unserer Gesellschaft ist derart stark, daß die Behauptung, die Entwicklung und Pflege des Wertbewußtseins unterliege als gemeinsame Aufgabe dem Staat (bzw. dem Politiker), der Gesellschaft (bzw. dem Bürger) und der Kirche (bzw. dem Christ) [119], nur eine logische Schlußfolgerung darstellt.

6. Ermittlung von Rangverhältnissen

Wünschenswert und auch für die Wesentlichkeitstheorie hilfreich wäre ein allgemeines Grundgesetz der ethischen Werttafel, das, wenn es sich auch nicht beweisen läßt, die Werte mit hypothetischer Gewißheit darstellen könnte [120]. Die Höhe des Wertes selbst wird, wie vorstehend bei 4. dargelegt, in der Form des Vorziehens ermittelt.

Die persönliche Freiheit ist für den westlich orientierten Menschen der oberste verbindliche Wert [121]. Nach dem Grundgesetz als freiheitliche Rechtsordnung wird die Würde des

---

117 Erik Wolf Anm. 1 Seite 32
118 Campenhausen S. 205
119 Hans Meier S. 179
120 Vergleiche Hartmann S. 521
121 Fechner S. 32

Menschen (Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz) als oberster und beherrschendster Wert angesehen [122]; dies ist kein Widerspruch zum vorangehenden Satz, denn die "Würde des Menschen" im Grundgesetz ist der Ausgangspunkt der persönlichen Freiheit (und entstammt aus dem Ideengut des "christlichen Naturrechts") [123]. Sie entspricht der christlichen Vorstellung von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen, dem Würdebegriff Kants [124] sowie dem liberalstaatlichen Denken [125]. Die Menschenwürde verleiht keine speziellen Rechte, sondern ist als ideeller Ausgangspunkt aller Grundrechte zu erachten [126], bei der die Gefahr einer tautologischen Interpretation sehr hoch einzuschätzen ist [127]. Dem einzelnen soll damit die Berechtigung zur eigenverantwortlichen Selbstbestimmung am sozialen Leben ermöglicht werden [128]. Mit der Garantie der Menschenwürde kommt außerdem zum Ausdrück, daß der Staat um des Menschen willen und nicht der Mensch um des Staates willen vorhanden ist [129]. Der Mensch und seine Würde genießt demnach einen Vorrang gegenüber der Macht des Staates, was mit dem Voranstellen des Grundrechtsabschnitts ausgedrückt wird [130]. Die verfassungsrechtliche Absicherung der Werte befindet sich teilweise auch in der Ewigkeitsklausel des Artikels 79 Absatz 3 Grundgesetz, die wegen ihres Charakters in sich selbst keine zeitliche oder graduelle Rangordnung kennt [131]. Andernfalls wären diese Ewigkeitswerte relativierbar bzw. veränderlich.

---

122 Denninger, Freiheitsordnung S. 545; Friesenhahn, Wandel S. G 11; Geitmann S. 134; Goerlich S. 131, 136 und 187; Kimminich S. 10 f und 16; Mallmann S. 183; Pollern S. 647; BVerfGE 6,32,41; 33,1,10; die freie menschliche Persönlichkeit bzw. Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 Grundgesetz in den Vordergrund stellen dagegen: BVerfGE 7,377,405; 10,302,322; 41,251,263f

123 Vergleiche Zippelius, Staatsrecht § 23 S. 178 f (26. Auflage) sowie in der 20. ("Vor"-)Auflage bei Maunz § 14 II S. 120

124 Mallmann S. 183; Zippelius, Staatsrecht § 23 I S. 178 f

125 Denninger, Freiheitsordnung S. 545

126 Zippelius, Staatsrecht § 23 S. 178

127 Goerlich S. 136 ff und 187

128 Wiegand S. 661

129 Zippelius, Staatsrecht § 23 I S. 179

130 BVerfGE 7,198,205; ein Übergewicht der privaten gegenüber den öffentlichen Interessen beinhaltet solches aber noch nicht - vergleiche Kapitel V 13., denn das Individuum ist nicht selbstherrlich, sondern gemeinschaftsbezogen (BVerfGE 33,1,10)

131 Dürig, Verfassung und Verwaltung S. 197

Vorteilhaft würde es sein, wenn sich aus den Grundrechten, als ein Produkt der Menschenwürde und zugleich als Wertsystem anerkannt, ein umfangreiches Wertrangsystem entnehmen ließe. Neben den im vorangehenden Kapitel (insbesondere bei 7., 21. und 22.) erwähnten Vorbehaltsschranken als bloße abstrakte Anhaltspunkte ergibt sich solches bedauerlicherweise nicht [132]. Allgemein zu nennen sind im Hinblick auf die Persönlichkeitsverwirklichung und die Gerechtigkeit besonders die Freiheit, die Gleichheit und das Eigentum [133]. Die vielfältigen und komplizierten Eigenschaften einzelner Güter sowie die sich daraus ergebenden fallbedingten Wechselbeziehungen ermöglichen letztlich den jeweiligen Vorrang nur im Wege der Güterabwägung (hinsichtlich berechtigter Interessen) zu ermitteln, wobei das jeweilige Rechtsgut um so mehr an Bedeutung gewinnt, je mehr sich der Berechtigte legitimerweise darauf beruft [134]. Im Vordergrund stehen bei der Abwägung die verfassungsrechtlich verankerten Kriterien, sekundär sind dagegen solche des einfachen Gesetzgebers [135]. Rangverhältnisse sind aber auch intuitiv durch Vorzugstendenzen geprägt [136] und können deshalb nicht logisch hergeleitet werden [137], womit sie eine umfassende und verbindlich abgestufte Wertetafel verhindern.

Als Einflußfaktoren der Vorrangstellungen werden z. B. genannt: die Befriedigung menschlicher Bedürfnisse, die Erfüllung menschlicher Wünsche, die Vermeidung unnötigen menschlichen Leidens [138], das Gute [139], Entfaltungsfreiheit vor Gleichheit [140], Personenwert (Geistiges und Immaterielles)

---

132 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1536
133 Goerlich S. 131
134 Gallwas, Mißbrauch S. 32; Eike von Hippel S. 31 f; Maunz, Schranken der Grundrechte S. 11; Pollern S. 647
135 Schreiner S. 46
136 So insbesondere bei den Interessenkonflikten
137 Scheler, Werte S. 11 f
138 Albert, Ethik S. 513; Hartmann S. 549 und 562, der aber die Formen der Mangelerscheinungen nicht in der Werthöhe, sondern in dessen Gegensatz, der Wertstärke, sieht - vergleiche nachfolgend Anmerkung 145
139 Hartmann S. 554
140 Eike von Hippel S. 34 f; anderer Ansicht wohl Zippelius, Staatsrecht § 25 I S. 209 f und besonders in der 25. Auflage 1985 auf S. 181, bei dem der Gleichheitssatz an den Grundsatz der Menschenwürde heranreicht.

vor Sachwert (Ökonomisches und Materielles) [141], Nächstenliebe vor Gerechtigkeit, persönliche Liebe vor Nächstenliebe, Tapferkeit vor Beherrschung, Glaube und Treue vor Tapferkeit [142], Dauerhaftigkeit, Unteilbarkeit, geringere Fundiertheit auf andere Werte [143] und die Sanktionsbewährung einzelner Güter sowie deren Strafrahmen [144]. Wer dagegen den höheren Wert als einen spezielleren Wert erachtet, den niedrigen Wert als fundamentaleren Wert ansieht und ihm damit den wertstärkeren Charakter beimißt [145], beschränkt die Durchsetzbarkeit des höheren Wertes erheblich.

So wünschenswert und nützlich eine Wertetafel für unser Gemeinschaftsleben auch sein mag, sie läßt sich doch nicht aus der Verfassung oder der allgemeinen Wertethik gewinnen. Letztlich verbindlich bleibt nur die Güter- bzw. Interessenabwägung im Einzelfall, um eine Vorrangstellung ermitteln zu können.

7. Die Kritik an einer wissenschaftlichen und gesellschaftlich verbindlichen Wertethik

Die Schwierigkeit bei der Taxierung der Werte liegt darin, daß sie gefühlt [146] bzw. erfahren [147] werden müssen, was letztlich in dem Vorziehen bzw. Nachziehen [148] verschiedener Güter sichtbar wird. So bevorzugt der eine die Schönheit, der andere dagegen die Nützlichkeit [149]. Was der eine als nützlich erachtet (z. B. Einbruchswerkzeuge oder Atombomben),

---

141 Dürig, Kommentar Art. 2 Abs. 1 GG RNr. 12 S. 15; Eike von Hippel S. 34 f

142 Hartmann S. 497

143 Kraft, Grundlagen S. 25; Scheler, Werte S. 12

144 Denninger, Freiheitsordnung S. 547; Maunz, Schranken der Grundrechte S. 12

145 So aber Hartmann S. 549 ff, der aber selbst eingesteht, daß das Fundierungsverhältnis nicht für alle höheren Werte des Wertreiches gilt (S. 230).

146 Vergleiche oben 4.; Hartmann S. 529 und 543; Topitsch, Kritik S. 27

147 Vergleiche oben 4.; Schreiner S. 96 f; Zippelius, Wertungsprobleme S. VII, § 22 S. 124 und 127; dagegen herrscht in der Rechtsprechung eine erkennbare Skepsis gegen die durch Vorurteile geprägten Erfahrungssätze (Ronellenfitsch, Genehmigungsverfahren S. 202).

148 Vergleiche oben 4.; Hartmann S. 543; Schreiner S. 96 f; Zippelius, Wertungsprobleme § 22 S. 127

149 Kraft, Grundlagen S. 22

beurteilt der andere als schädlich [150]. Das in Besitz Befindliche wird oftmals nicht bewußt, während das Fehlende vielfach erstrebt wird [151]. Bei aufsteigenden Kulturen, die dem einzelnen erhöhte Selbständigkeit zugestehen, und daraus entstehendem Pluralismus entwickeln sich zwangsläufig widerstrebende Interessen und Wertungen [152]. Die Betrachter entscheiden dann anhand von Nachbarwerten, die im Falle von Interessenkollisionen zu unterschiedlichen Endbewertungen führen können [153] sowie dem Wandel der Zeit unterliegen [154]. Auch sind sie vielfach nicht frei von Vorurteilen [155] und der (Massen-)Beinflussung durch andere [156].

In einer derart pluralistischen Gesellschaft erscheinen die Werturteile als interpretatorischer Dezisionismus [157]. Von solchen persönlichen Stellungnahmen werden selbst die allgemeinen Staats- und Verfassungslehren nicht verschont [158]. Dieses Verfahren entspricht einer menschlichen Eigenschaft, einerseits den eigenen Standpunkt zu verabsolutieren, andererseits aus Bequemlichkeit persönliche Werturteile anderer oder Gruppenurteile nicht zu überprüfen und für allgemeingültig zu halten [159]. Bei der Interpretation wird dabei außerdem häufig mangels sicherer Beweismittel auf das Naturrecht zurückgegriffen, und es werden in die Wertvorstellungen Dinge hineingelegt, deren Produkt hernach in irgend einer Form als natürlich oder unnatürlich bezeichnet wird [160]. Sobald die betreffenden Auffassungen rechtlich normiert werden, gelten sie gar als argumentativ unangreifbar [161]. Um den Wertungen gesellschaftliche Geltung zu verschaffen, wird der Versuch unternommen, gegensätzlichen Ansichten das persönliche Mißfallen auszusprechen oder sie als Lüge zu verpönen und die eigene Meinung als objektiv zu bezeichnen [162]. Das Wertur-

---

150 Kraft, Grundlagen S. 211
151 Vergleiche oben 4.; Kraft, Grundlagen S. 249
152 Kraft, Grundlagen S. 235 f; Maunz, Schranken der Grundrechte S. 11
153 Schreiner S. 93; Zippelius, Wertungsprobleme § 22 S. 127
154 Vergleiche oben 3.; Tammelo S. 114
155 Ronellenfitsch, Genehmigungsverfahren S. 202
156 Zippelius, Wertungsprobleme § 33 S. 189
157 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1534
158 Bullinger, Buchbesprechung S. 90
159 Campenhausen S. 204
160 Campenhausen S. 202
161 Denninger, Freiheitsordnung S. 546
162 Theodor Geiger S. 42

teil selbst ist aber nur eine Aussage über ein vermeintliches Etwas und widerspricht daher jeglicher Objektivierung [163]. Möglich ist dagegen, daß ein Werturteil von überwiegenden Teilen der Bevölkerung in gleicher Weise vertreten wird. Über diese tatsächliche Allgemeinheit einer Auszeichnung besitzt der Urteilende oft keine Kenntnis [164]. Zudem macht der ständige Wandel der Wertauffassungen es oft unmöglich, eine herrschende Wertmeinung festzustellen [165]. Darauf kommt es den Betrachtern nicht an, sondern entscheidend ist, daß ihre Wertungen zutreffen und abweichende Ansichten unzulässig seien [166]. Meist sind die Bewertungen beeinflußt von Individual- und Gruppeninteressen [167]. Letztlich beruhen die ethischen Vorstellungen auf übernatürlichen (metaphysischen) Grundlagen [168]. Rechtlich gesehen, dominieren aus Gründen der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung und des hoheitlich Handelnden, der nur als Repräsentant der Gemeinschaft anzusehen ist, nicht die persönlichen oder gruppenbedingten Wertanschauungen, sondern Wertvorstellungen, die sich in der Gemeinschaft durchgesetzt haben und in ihr herrschen, die festzustellen, aber oftmals mit unüberbrückbaren Schwierigkeiten verbunden ist [169].

Die erwähnten Bildungsfaktoren der Werte verhindern ihrerseits eine innere Logig und Abgrenzung der Werte [170]. Mathematische Strukturen sind bei ihnen nicht erkennbar [171], weshalb objektive Herleitungen aus gesicherten ethischen Regeln nicht möglich sind [172]. Versuche, die Wertethik als Wissen-

---

163 Theodor Geiger S. 36, 39 und 43; vergleiche dazu auch oben 3. und 4. hinsichtlich der Wertschwankungen und Einflußfaktoren.
164 Kraft, Wertbegriffe S. 55
165 Zippelius, Wertungsprobleme § 34 S. 193
166 Kraft, Wertbegriffe S. 55
167 Vergleiche oben 4.; Dürig, Kommentar Art. 2 Abs. 1 GG RNr. 15 S. 17; Kraft, Grundlagen S. 236; Schreiner S. 93
168 Herrfahrdt S. 239; Dürig, Kommentar Art. 2 Abs. 1 GG RNr. 70 S. 56; Podlech, Wertungen S. 208; Paul Schmidt S. 353
169 Zippelius, Wertungsprobleme § 34 S. 193 f
170 Denninger, Freiheitsordnung S. 546; Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes S. 40; derselbe, Staatsrecht und Rechtsstaat S. 694
171 Dubislav S. 443
172 Feigl S. 427; Podlech, Wertungen S. 208; Tammelo S. 113

schaft zu begründen, um der Gesellschaft logisch begründete bzw. abgeleitete Vorzugsregeln an die Hand zu geben, müssen daher scheitern [173]. So fehlt es für eine Rang-Wertetafel insbesondere an festen Richtpunkten [174]. Aus diesen Gründen wird der Gesetzgeber nicht zum "bloßen Notar" bzw. "Büttel" einer vorherrschenden Wertung oder Ideologie der Gesellschaft [175]. Auch sind die Grenzen der Werterfahrung derart unscharf, so daß sie sich für eine exakte Werterkenntnis als ungeeignet erweisen [176]. Interpretative Rangstufen würden die Rechtsordnung als Gefüge mit unbedingtem Geltungsanspruch sprengen [177]. Ein rational erkennbares und diskutables Vorzugssystem ist letztlich nicht zu ermitteln [178]. Selbst die Grundrechte enthalten kein brauchbares Wertrangsystem [179]. Sie sind einerseits zwar die höchsten staatlichen Normen, andererseits sind sie auch die inhaltsärmsten Normen [180].

Als einzig mögliches Verfahren bleibt schließlich nur die einzelfallbezogene Interessenabwägung bzw. Folgendiskussion übrig [181]. Ein Wertrangsystem läßt sich in einer pluralistischen Gesellschaft danach anhand von Einzelfallbildungen schon wegen fehlender fester Richtpunkte [182] und der Unzahl von Einflußfaktoren, die die Grundlagen bereits für die

---

173 Dubislav S. 442; Dürig, Kommentar Art. 2 Abs. 1 GG RNr. 70 S. 56; Forsthoff, Staatsrecht und Rechtsstaat S. 694; Herrfahrdt S. 239; Kraft, Wertbegriffe S. 44; Podlech, Wertungen S. 206 und 208; Schlosser S. 165 und 167; Paul Schmidt S. 353; Tammelo S. 113 f; Topitsch, Wissenschaftliche Erkenntnisse S. 366; die Hoffnung nicht aufgegeben haben: Hartmann S. 495; Eike von Hippel S. 34

174 Hartmann S. 558

175 Isensee S. 546; in den östlichen Volksdemokratien wird dagegen die Gesellschaft über die Normen gestellt. Bei ihnen stellt sich dann die hier unlösbare Frage nach der Feststellung gesellschaftlicher Werte mit dem Problem mangelnder Rechtssicherheit bzw. stark relativierten Individualrechtsschutzes. Theoretisch sollen aber dort nicht die Individualfreiheiten, sondern die Gemeinschaftsfreiheiten dominieren.

176 Zippelius, Wertungsprobleme S. 129 und 196 f

177 Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes S. 38

178 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1534

179 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1534; anderer Ansicht wohl Eike von Hippel S. 39

180 Isensee S. 550

181 Böckenförde, Grundrechtstheorie S. 1534; Podlech, Wertungen S. 208; Schlosser S. 167; Schreiner S. 96 f; Tammelo S. 113 f

182 Hartmann S. 558

Güterabwägung erschweren [183], nicht bilden. Der Vorwurf, eine solche Wissenschaft wäre für einen Juristen keine Rechtskunst, sondern nur eine Philosophie, bzw. dies sei die Abdankung einer juristischen Methode zugunsten irgendwelcher geisteswissenschaftlicher Art der Deutung [184], ist deshalb durchaus verständlich. Von einer brauchbaren Unterscheidung im Rahmen des Vorbehaltsprinzips zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem durch die materielle Wertethik als (weiteres) Hilfsmittel, wie dies bei der in Anmerkung 2 ausgeführten Literatur vertreten wird, kann aber keine Rede sein. Die Werttheorie kann also nicht für die Vorbehaltslehre bzw. Wesentlichkeitstheorie nutzbar gemacht werden.

---

183 Maunz, Schranken der Grundrechte S. 11
184 Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes S. 41

Kapitel VII: Die Organisationsgewalt

In der Vergangenheit besaßen die öffentlichen Einrichtungen (und ihre Leistungen) eine Sonderstellung gegenüber der Vorbehaltslehre, was mit dem Rechtsinstitut der Organisationsgewalt begründet wurde. Ob und inwieweit dieses Rechtsinstitut gegenüber oder im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie Wirkungen entfaltet, soll im vorliegenden Kapitel untersucht werden.

1. Der Begriff

In den vorangehenden Kapiteln wurden schon mehrere Begriffe [1] angesprochen, die im Zusammenhang mit dem Erlaß von Satzungen stehen und den Vorbehaltsbereich betreffen. Sie waren das Ergebnis einer Rechtfertigung und somit eines Instituts dafür, daß Satzungen ganz oder teilweise (Ausnahme: Grundverhältnis) bei öffentlichen Einrichtungen [2] keiner Ermächtigungsgrundlage bedurften [3]. Genau gesagt, galten früher auf diesem Gebiet weder der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch die (Ausübung der) Grundrechte, bzw. der Rechtsschutz wurde anfänglich überhaupt nicht oder erst viel später [4] gegen Maßnahmen, wie z. B. Satzungen, die das Grundverhältnis betreffen, gewährt [5].

---

1 Organisations- und Anstaltsgewalt, besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung(-slehre)

2 Allgemein wird (mit einigen Akzentverschiebungen) unter einer öffentlichen Einrichtung a) die durch ausdrückliche oder stillschweigende Widmung des Hoheitsträgers b) den Einwohnern und den (ortsansässigen) Vereinigungen zur unmittelbaren und allgemeinen Benützung c) im öffentlichen Interesse d) zur Verfügung gestellten sachlichen und/oder persönlichen Mitteln - verstanden. Vergleiche Knemeyer, Öffentliche Einrichtungen S. 12; Knies S. 230 mit weiteren Nachweisen; Lukas S. 312; Scholz S. 33 mit weiteren Nachweisen; Seeger/Wunsch S. 94; Widtmann S. 169; Bay VGH BayVBl 1969, 102 mit weiteren Nachweisen

3 Köttgen, Die Gemeinde S. 102; derselbe, Öffentliche Anstalten S. 108 f; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 933

4 Selmer S. 497

5 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 935 ff; Salzwedel § 44 III S. 424

Die Beziehungen zwischen Benutzer [6] und Anstalt [7] gehörten zum "besonderen Gewaltverhältnis" [8] im weiteren Sinne [9], da

---

6 Benutzer sind diejenigen Personen, für welche die Leistungen der Einrichtung bestimmt sind (Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II b S. 382)

7 Der Unterschied zu öffentlichen Einrichtungen besteht darin, daß bei öffentlichen Anstalten sowohl sächliche wie persönliche Mittel vorhanden sein müssen, während es beim öffentlichen Einrichtungsbegriff genügt, wenn bloß persönliche Mittel (Dienstleistungen wie z. B. die Mütterberatung) gegeben sind; vergleiche Lange S. 170 ff, 186 ff, 207; Salzwedel S. 399; Seeger/Wunsch S. 95; nur sächliche Mittel (die für den Begriff der öffentlichen Einrichtung ausgereicht hätten) ohne Dienstleistung sind bereits wegen der Unterhaltung und Bewirtschaftung nicht vorstellbar. - Öffentliche Einrichtungen, die keine öffentliche Anstalten darstellen, sind daher selten. Aus diesem Grunde wird der Unterschied nicht erkannt oder häufig nur von öffentlichen Anstalten gesprochen. - Knemeyer (Öffentliche Einrichtungen S. 13) sieht den Grund fehlender Unterscheidung darin, daß zum einen - die Rechtsprechung den Begriff der Einrichtung nicht definiert, noch für klare Abgrenzung der beiden Begriffe gesorgt hat und zum anderen - daß über den Einrichtungsbegriff nie Streit bestand, und der polizeilich klingende Begriff der öffentlichen Anstalt nach dem Kriege durch den weniger danach klingenden Begriff der öffentlichen Einrichtung abgelöst wurde. Nicht so stark angenähert sieht Ossenbühl (Öffentliche Stadthallen S. 289) diese beiden Begriffe, wenn er meint, daß neben den Anstalten auch Betriebe, Unternehmen und sonstige Leistungsapparaturen zu den öffentlichen Einrichtungen gehören, weil sie der Daseinsvorsorge dienen. Eine Abgrenzung der erwähnten Begriffe gibt es aber bei Ossenbühl nicht. Scholz spricht sich dafür aus, die Begriffe auseinander zu halten (S. 195), da der Oberbegriff "öffentliche Einrichtung" weiter als der Anstaltsbegriff aufzufassen sei (S. 217). Widtmann (S. 169) setzt die Begriffe ohne Begründung gleich.

8 Das besondere Gewaltverhältnis kann neben der rein persönlichen Beziehung (z. B. Beamtenverhältnis) des Gewaltunterworfenen zum öffentlichen Träger auch ein sachliches oder räumliches Gewaltverhältnis beinhalten, das durch Eintritt in die Einrichtung begründet und durch Austritt aus der Einrichtung beendet wird und nicht über die Anstalt hinausreicht. Das sachliche oder räumliche besondere Gewaltverhältnis wurde zuerst bei den Einrichtungen der Kirchen und später bei denen der Kommunen begründet (vergleiche insbesondere Merk, Besonderes Gewaltverhältnis S. 192 f). Für das besondere Gewaltverhältnis werden auch andere Ausdrücke benutzt, wie z. B. Sonderrechtsverhältnis, gesteigertes Abhängigkeitsverhältnis, besonderes Pflichtverhältnis, Sonderstatus, persönliches Kontaktverhältnis (München § 3 II 2 S. 51).

9 Gröttrup S. 117, auf S. 120 schränkt er aber ein, daß nur statusverändernde Verhältnisse, nicht aber solche bei Austausch von Leistungen, gemeint sind. Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 102; einschränkend Werner Weber, Das besondere Gewaltverhältnis S. 186 f, der die "schlichten" Anstaltsbenutzungsverhältnisse, - zu denen er alle Anstaltsbenutzungsverhältnisse rechnet, bei denen der Anstaltsherr die Wahl zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Benutzungsordnung besitzt, - nicht zu den besonderen Gewalt-

sie über die Rechte und Pflichten des Verhältnisses Bürger - Staat (allgemeines Gewaltverhältnis) hinausgingen, und diese verstärkte Abhängigkeit wegen eines besonderen Zweckes begründet wurde [10]. - Die Anstaltsgewalt diente - neben anderen Begründungen [11] zur Vornahme von Anordnungen (einschließlich Satzungen) im besonderen Gewaltverhältnis [12], wodurch der Benutzer zum bloßen Objekt der Verwaltung erniedrigt wurde, weshalb in diesem System Anstaltsgewalt [13] und besonderes Gewaltverhältnis untrennbar zusammengehörten [14].

All die vorstehend in Frage kommenden begrifflichen Rechte und Pflichten galten als Ausfluß der Organisationsgewalt [15]. Ursprünglich wurden sie als Teil der Staatsgewalt angesehen, die dem Zwecke diene, eine geordnete Machtausübung herbeizuführen [16]. Es handelte sich also um ein technisches Mittel zur Erfüllung von Staatszwecken [17]. Sie standen den Regierungen als ausdrückliche und stillschweigende Delegation des Gesetzgebers zu [18]. Es waren Machtmittel, die den Regierungen, soweit Verfassung und Gesetze keine Vorbehalte vorsahen, zur

---

verhältnissen zählen will und zwar deshalb, weil die Beziehung zum Privatrecht und damit zum allgemeinen Gewaltverhältnis so nahe ist, daß ein besonderes Gewaltverhältnis damit nicht mehr gerechtfertigt sei. Münch § 3 II 2 S. 51 verneint bei kurzzeitigen Bindungen des Benutzers, wie z. B. beim Museumsbesuch und der Postbenutzung, ein besonderes Gewaltverhältnis. Sie berücksichtigen aber nicht genügend die erheblichen (und auf den Status einwirkenden) Unterschiede in der Rechtsstellung (insbesondere beim Rechtsschutzbedürfnis) des Benutzers, weshalb früher zu Recht noch vom besonderen Gewaltverhältnis (im weiteren Sinne) gesprochen wurde. Ebenfalls einschränkend die später herrschende Meinung. Die Anstaltsbenutzungsverhältnisse sind dem allgemeinen Gewaltverhältnis also stark angenähert (Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV b S. 392). Wie bereits erwähnt, sind die Meinungsunterschiede für den Vorbehaltsbereich nunmehr unwesentlich, da sie sich alle nach der früher herrschenden Meinung in gleicher Weise auf den Vorbehalt bzw. die Grundrechtsschranken und den Rechtsschutz auswirken (Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 933). Das besondere Gewaltverhältnis ist schließlich nur eine modifizierte Fortsetzung des allgemeinen Gewaltverhältnisses (Fritz Werner, Schulverwaltungsrecht S. 435).

10 Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 101; Münch § 3 II 2 S. 50
11 Z. B. freiwillige Unterwerfung - siehe unten bei 4.
12 Kempf S. 702
13 Sie wird auch als Beispiel für ein besonderes Gewaltverhältnis genannt (Münch § 3 II 2 S. 50).
14 Gröttrupp S. 117
15 Obermayer, Verwaltungsakt S. 117
16 Ermacora S. 233
17 Ermacora S. 233
18 Ermacora S. 233; Groß, Auslegung S. 56

freien Verfügung gegeben wurden [19]. Zwar setzt der Begriff "Organisationsgewalt" die weiteren Begriffe "Organisation" und "Gewalt" voraus, jedoch umfaßt er nicht nur die organisatorischen Vorschriften zur Einrichtung und Ausgestaltung der Behörden, sondern auch verbindliche Regelungen im Außenverhältnis [20], z. B. über Ausführungen von Gesetzen und Zuständigkeitsregelungen [21]. Später kamen auch die Kommunen in den Genuß dieser Befugnisse, allerdings zum Teil unter anderen Bezeichnungen, wie z. B. Anstaltsgewalt, Sonderverordnungslehre [22] oder besonderes Gewaltverhältnis (siehe oben), aufgrund derer sie unter anderem Organisations- und Benutzungsordnungen zwar nicht als Rechtsverordnungen, wohl aber als die für sie möglichen Satzungen oder die keines förmlichen Verfahrens bedürftigen Sonderverordnungen erließen [23]. Später handelte es sich dabei im Gegensatz zu früher nicht mehr um eine eigenständige Gewalt, sondern um eine ermächtigende (zum Teil sogar ohne genaue bzw. generalklauselartige, ungeschriebene) Regelungsbefugnis des Einrichtungsträgers im Rahmen der Gesetze [24]. - Nachfolgend wird der Begriff "Organisationsgewalt" benützt.

2. Geschichtliche Entwicklung

Der Begriff "Organisationsgewalt" hat sich aus dem Machtkampf zwischen Parlament und exekutiver Monarchie herausgebildet [25]. Aufgrund der Organisationsgewalt zu erlassende "Verwaltungsvorschriften" der Monarchen sollten keine Rechtssätze sein, weil sie nur die zu bewältigenden Tätigkeiten unter den einzelnen Staatsorganen zu verteilen hätten und nicht in den Rechtsbereich der Bürger eingreifen würden [26]. Dabei wurde nicht bedacht, daß die ("formellen") Kompetenz-, Organisa-

---

19 Ermacora S. 238
20 Groß, Auslegung S. 56
21 Diese Organisationsverordnungen wurden als Rechtsverordnungen angesehen (Groß, Auslegung S. 56).
22 Die Lehre der Sonderverordnungen schafft in dem vorliegenden Bereich eine neue Art von Rechtsnorm - vergleiche Salzwedel § 44 III S. 424
23 Salzwedel § 44 III S. 424; Schmidt-Aßmann S. 197
24 Schmidt-Aßmann S. 199; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 I S. 382; wohl anderer Ansicht: Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 436, der eine Delegation an die Kommunen, soweit es nicht lediglich um eine Hilfstätigkeit ging, als unzulässig erachtete.
25 Ermacora S. 238
26 Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 614

tions- und Verfahrensordnungen, welche auch die Bürger zu beachten hatten, ("materiell") ebenso Rechtsbereiche der Untertanen regelten bzw. in diese eingriffen [27]. Nach Beendigung der Monarchie fand ein Abbau der Organisationsgewalt zugunsten des Gesetzgebers und neugeschaffener Verwaltungseinheiten statt [28].

Vorwiegend und bereits viel früher wurde mit dem für den Vorbehaltsbereich gleichwirksamen (Begriff des) besonderen Gewaltverhältnisses gearbeitet. Das persönliche besondere Gewaltverhältnis, das auch als besonderes "Staatsdienerverhältnis" bezeichnet wird [29], hat seinen gedanklichen Ursprung im altgermanischen Gefolgschaftsverhältnis, das auf besonderen Treuepflichten beruht [30]. Erheblich später hat das mehr sachenrechtliche besondere Gewaltverhältnis seinen Entstehungsgedanken, nämlich bei den öffentlichen Einrichtungen, zuerst bei den Kirchen, dann bei den Kommunen und schließlich auch beim Staat [31]. Es ist deshalb verständlich, wenn die Anstaltsgewalt als Teil des besonderen Gewaltverhältnisses angesehen wurde [32]. Beide Verhältnisse erfuhren schon damals gewisse Beschränkungen [33]. Die eigentliche Lehre des besonderen Gewaltverhältnisses entstand dann in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts [34]. Auch diese Lehre glaubte, wie bereits vorstehend angedeutet, sich im Bereich des Verwaltungsinternums zu bewegen, und daß die aufgrund dieses Gewaltverhältnisses erlassenden Vorschriften bzw. Ordnungen nicht als Rechtsverordnungen anzusehen seien [35]. In diesem Bereich fehlte es zunächst überhaupt an einem gerichtlichen Rechtsschutz [36].

---

27 Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 614
28 Ermacora S. 238
29 Kempf S. 702
30 Merk, Besonderes Gewaltverhältnis S. 193
31 Merk, Besonderes Gewaltverhältnis S. 193
32 Münch § 3 II 2 S. 50
33 Merk, Besonderes Gewaltverhältnis S. 193
34 Erichsen, Eingriffe S. 442; Kempf S. 702; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 933
35 Erichsen, Eingriffe S. 442; Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 59 S. 233; Kempf S. 702; Rupp, Grundfragen S. 115; Selmer S. 496
36 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 935

Während der Weimarer Reichsverfassung hat zwar die Lehre einige neue Begründungen erfahren [37], ist aber in ihrer Erscheinungsform fast unverändert und unangefochten vertreten worden [38]. Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes galt diese Lehre zunächst ebenfalls fast unangefochten, insbesondere mit der Begründung eines Grundrechtsverzichts, fort und wurde erst in den fünfziger Jahren mit ernstzunehmenden Argumenten angegriffen [39]. Etwas später nahm man teilweise an, daß die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis zwar gelten würden, ihre Ausübung sei aber durch den Zweck des jeweiligen Gewaltverhältnisses eingeschränkt [40]. Ules Unterscheidung von Grund- und Betriebsverhältnis [41] verwirklichte im Bereich des (staatsbürgerlichen) Gewaltverhältnisses einen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, der im Laufe der Zeit von der Praxis immer weiter ausgedehnt wurde [42]. Ausgeübt wurden die Befugnisse der Organisationsgewalt bzw. des besonderen Gewaltverhältnisses von den jeweiligen obersten Leitern der Exekutive [43] oder von besonders zugewiesenen Organen oder Personen der Verwaltung.

3. Begründungen der Organisationsgewalt (bzw. des besonderen Gewaltverhältnisses)

Begründungen für diese außergewöhnlich weitumfassenden Befugnisse der Organisationsgewalt gibt es noch viele neben der ausdrücklichen oder stillschweigenden Ermächtigung des Gesetzgebers [44], weshalb hier nur einige der gebräuchlichen erörtert werden.

Das Gewohnheitsrecht wird mit der verbliebenen Restgewalt der Exekutive im Rahmen der Gewaltverschiebungen des modernen

---

37 Erichsen, Eingriffe S. 442
38 Erichsen, Eingriffe S. 442; Kempf S. 702
39 Erichsen, Eingriffe S. 442; Kempf S. 702
40 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 936
41 Ule S. 153 ff
42 Kempf S. 702; Münch § 3 II 2 S. 51; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 936 f
43 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 434 (§ 23)
44 Ermacora S. 233; Kiess S. 156 f; Merk, Besonderes Gewaltverhältnis S. 193; die stillschweigende Ermächtigung bedarf aber besonders sorgfältiger Prüfung, wobei die Vermutung gegen ihre Annahme spricht.

Staates zugunsten der Legislative begründet [45]. Man tituliert sie deshalb auch als "Hausrecht" bzw. "Hausgut" bzw. "Hausmacht" der Exekutive [46]. Das Gewohnheitsrecht muß aber für das betreffende Gebiet nachgewiesen werden [47]. Es wird nicht nur bei zwangsweise begründeten Verhältnissen angeführt [48], sondern meist allgemein benannt [49]. Wie schon oben bei 2. angedeutet, prägt der Zweck des Gewaltverhältnisses die Grenze der gewohnheitlichen Ermächtigung [50].

Diese gegebene Ausnahme zum Vorbehalt des Gesetzes will die Lehre von der freiwilligen Unterwerfung unter die Gewalt des Einrichtungsträgers rechtfertigen [51]. Mit ihr verzichte der Betroffene auf die Ausübung seiner Grundrechte [52]. Den Benutzer bänden bestimmte Verpflichtungen nur aufgrund seiner Unterwerfung [53]. Die Lehre diene zur Begründung freiwillig begründeter Gewaltverhältnisse [54], wobei sich die Freiwilligkeit allein auf den Eintritt in den Bereich der öffentlichen Einrichtung bezieht und nicht auf die spezielle Unterwerfung des einzelnen unter die in Frage kommenden Pflichten gegenüber der Einrichtung [55]. Trotz oder gerade wegen der freiwilligen Unterwerfung können auch hier nur Maßnahmen erlassen werden, die sich mit dem Einrichtungszweck decken [56]. Nur ge-

---

45 Ermacora S. 233; Pietzner S. 343

46 Bachof, Rechtsstaat S. 60; Groß, Sonderverordnungen S. 2187; Pietzner S. 343; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939; Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 614; Spanner, Aussprache S. 256; das Hausrecht ist hier nicht im rechtlichen Sinne gemeint - siehe unten bei 4.

47 Kiess S. 156

48 Kempf S. 703

49 Bachof, Rechtsstaat S. 60; Erichsen, Eingriffe S. 445; Forsthoff, Verwaltungsrecht § 23 S. 434; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 235 f; Merk, Besonderes Gewaltverhältnis S. 193; Obermayer, Vorbehalt des Gesetzes S. 355 Anmerkung 10; Pietzner S. 343; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 937; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV c S. 392

50 Bachof, Rechtsstaat S. 60; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 235 f; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV c S. 392

51 Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 285

52 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 936

53 Rüfner, Formen der öffentlichen Verwaltung S. 327; Zippelius, Staatsrecht § 20 II S. 165

54 Bachof, Rechtsstaat S. 56 und 59; Forsthoff, Anm. zum BVerwG S. 725; Kempf S. 703; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 936; Rüfner, Formen der öffentlichen Verwaltung S. 327; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV b S. 393

55 Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 285

ringfügig von der Unterwerfungslehre unterscheidet sich die Vertragstheorie, die statt einer Unterwerfung des Benutzers einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Benutzer und Einrichtung annimmt bzw. unterstellt [57].

Für Axiomatiker bedarf die Organisationsgewalt bzw. das besondere Gewaltverhältnis keines Beweises [58]. Sie unterstellen es als gegebene Tatsache, weil der Staat bei seinen Verwaltungsteilen Macht ausübe [59]. Die Grenzen der Machtausübung ergäben sich aus der jeweiligen Rechtsordnung [60].

Teile der älteren Lehre haben die Befugnisse mit dem Hausrecht gerechtfertigt [61]. Begründet wurde die Ansicht einerseits mit der sich aus der Eigentumsbefugnis ergebenden Möglichkeit, den eventuellen Benutzer mit beliebigen Benutzungsbedingungen zu belasten und andererseits mit der Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebes, da nur so der Sinn und Zweck der Einrichtung verwirklicht werden könne [62]. Begrenzt wird auch diese Begründung durch den Zweck der Einrichtung [63].

Die Lehre von den Sonderverordnungen, die ebenfalls nicht den Vorbehaltsbereich der Legislative berühren soll, wurde von Hans J. Wolff entwickelt [64]. Die Verordnungen sollen nicht allgemeine Verwaltungsvorschriften, sondern Rechtssätze darstellen [65]. Sie sollen es der Einrichtung ermöglichen, Ver-

---

56 Kempf S. 702
57 Gröttrup S. 120 mit weiteren Nachweisen
58 Ermacora S. 232 f; Pietzner S. 343, der darauf hinweist, daß das Grundgesetz durch Art. 2 Abs. 2, 5 Abs. 3, 7, 12a, 33 Abs. 4 und 5, 97 und 104 dieses Verhältnis anerkannt habe. In seinen historischen Betrachtungen nimmt Ronellenfitsch (Das besondere Gewaltverhältnis S. 936) ebenfalls Bezug auf Begründungen, wie sie etwa Pietzner aufführt.
59 Ermacora S. 232; Hans Peter Ipsen, Organisationsgewalt S. 257
60 Ermacora S. 232; Hans Peter Ipsen, Organisationsgewalt S. 257
61 Hinweise darauf bei Werner Thieme, Vorbehalt S. 84
62 Kunze § 10 S. 220 in der 3. Auflage, der in der 4. Auflage (§ 10 S. 13) nicht mehr das Hausrecht ausdrücklich anführt.
63 Kunze § 10 S. 13
64 Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 VIII d S. 134 f; dagegen wendet sich Ronellenfitsch, Besonderes Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht S. 784 mit weiteren Nachweisen
65 Vergleich die Hinweise bei Ronellenfitsch, Das besondere

ordnungen ohne förmliche Veröffentlichungen zu erlassen, die aber der Normenkontrolle nach § 47 Absatz 1 Nr. 2 Verwaltungsgerichtsordnung zugänglich seien [66].

In der Literatur hat dieses Ergebnis insbesondere in den ersten beiden Jahrzehnten (und auch noch in den 80er Jahren) seit der Geltung des Grundgesetzes eine breite Zustimmung erfahren [67] und zwar mit den unterschiedlichsten Begründungen: In einem modernen Staat bedürfe dessen Verwaltung einer gewissen organisatorischen Elastizität, die sich den häufig wechselnden Erfordernissen unserer Zeit anpassen könne [68]. Würde man Rechtsgrundlagen fordern, ginge der wesentliche Sinn dieser Institution verloren [69]. Im Rechtsstaat gebe es die Notwendigkeit, ein Rechtsinstitut zu finden, das die Beziehung zwischen Bürger und Staat dem unmittelbaren Zugriff des Gesetzgebers entziehe [70]. Den Kommunen sei durch Artikel 28 Absatz 2 Grundgesetz ein gewisses Mindestmaß an gesetzesfreier Verwaltung als Existenzaufgabe garantiert [71]. Ein Verzicht zugunsten allgemeiner Gewaltverhältnisse würde bedeuten, den Gedanken aufzugeben, daß die öffentliche Lebensordnung Status-Verhältnisse und besondere Ordnungen kenne [72]. Das Grundgesetz enthalte selbst keine

---

Gewaltverhältnis S. 936 f; Wolff, Verwaltungsrecht I § 25 VIII a S. 135

66 Schmidt-Aßmann S. 200; nach Wolff (Verwaltungsrecht I § 25 VIII b S. 136) bedarf es zwar einer Ermächtigung, die aber auch im Gewohnheitsrecht erblickt werden kann.

67 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 437; Groß, Sonderverordnungen S. 2187; Hans Peter Ipsen, Organisationsgewalt S. 257; Köttgen, Öffentliche Anstalten S. 109; derselbe, Die Gemeinde S. 102; derselbe, Organisationsgewalt S. 168; Scholz S. 90, 201 f, 213; Spanner, Aussprache S. 256 f; Stern, Organisationsgewalt S. 182; Werner Weber, Das besondere Gewaltverhältnis S. 191; begrenzt zustimmend Wipfelder S. 461 f (noch im Jahre 1981), jedoch müßten davon bestimmte Grundrechte ausgenommen werden, wie Glaubens- und Gewissensfreiheit, Petitionsrecht, der Anspruch auf einen gesetzlichen Richter und das rechtliche Gehör; BVerfGE 8,155,166ff; BGHZ 37,179,186

68 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 437; Stern, Organisationsgewalt S. 182; BVerfGE 8,155,168

69 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 437; Hans Peter Ipsen, Organisationsgewalt S. 257; Stern, Organisationsgewalt S. 182; anders Spanner, Aussprache S. 256 f, der der Exekutive nichts nehmen will und sich für eine noch zu suchende Rechtsgrundlage einsetzt.

70 Köttgen, Öffentliche Anstalten S. 109

71 Scholz S. 92 und 201 f

72 Werner Weber, Das besondere Gewaltverhältnis S. 191

(allgemeine) dem widersprechene Regelung [73]. Andernfalls würde der Gesetzgeber noch mehr belastet [74].

4. Umfang der Organisationsgewalt

Der Umfang der Organisationsgewalt ist stark umstritten [75], da aber vorliegend beim Kapitel Organisationsgewalt auch geprüft werden soll, ob diese Gewalt heute noch Lösungen im Bereich der Vorbehaltslehre bietet, wird zu den Meinungsunterschieden beim Umfang der Organisationsgewalt, allerdings in beschränktem Maße, Stellung genommen. Die Organisationsgewalt ermöglichte neben Anweisungen einerseits eine Einrichtungssatzung bzw. Einrichtungsordnung mit einer äußeren Verfassung, in der z. B. Zweck, Umfang, Gliederung und Trägerschaft geregelt wurden, und einer inneren Verfassung, in der z. B. Organe, Bestellung der Organwalter und Zuständigkeiten festgelegt wurden, - und andererseits eine Benutzungssatzung bzw. Benutzungsordnung, die die aus der Einrichtungsordnung sich ergebenden Leistungen der Einrichtung und Pflichten ihrer Benutzer beinhaltete, zu erlassen [76]. Durch die Benutzungsordnung mit ihren Leistungen und Verpflichtungen sollte der Einrichtungszweck verwirklicht oder seiner Verwirklichung nähergebracht werden [77]. Die Grenze findet die Organisationsgewalt in allen Bereichen an den widmungsgemäßen Zwecken der Einrichtungen, also sowohl bei der Herstellung als auch bei der Erhaltung und Verbesserung der widmungsgemäßen Wirksamkeit der Einrichtung [78]. Wird demnach der Zweck der Einrichtung beschränkt oder erweitert oder aufgehoben, wird auch die Organisationsgewalt entsprechend beschränkt oder erweitert oder aufgehoben [79].

---

73 BVerfGE 8,155,166f
74 BVerfGE 8,155,168
75 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 434
76 Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 614; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 I S. 382
77 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 I S. 382
78 Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 102; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 936 f; Salzwedel § 44 III S. 424; Schmidt-Aßmann S. 197; Wolff, Verwaltungsrecht II §§ 98 IV a, 99 II, IV b und c S. 380, 385, 392 und 396; BVerfGE 12,319,325
79 Ermacora S. 233 f

Die geforderten Pflichten der gewaltunterworfenen Personen müssen in dem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen zur Erfüllung des widmungsgemäßen Zweckes der Einrichtung geeignet, erforderlich und nicht unverhältnismäßig sein [80]. Weitere Schranken sind in etlichen allgemein geltenden Normen und Grundsätzen des öffentlichen Rechts enthalten, wie z. B. die allgemeine und gleichmäßige Behandlung der Gewaltunterworfenen (Artikel 3 GG) [81], die unverletzliche Würde des Menschen (Artikel 1 GG) [82], daß von der Einrichtungsordnung nicht zum Nachteil des Gewaltunterworfenen abgewichen werden darf [83], daß gerecht [84] und, soweit eine Fürsorgepflicht besteht, auch wohlwollend zu verfahren ist [85], daß im Einrichtungsbereich Gesundheit und Vermögen der Benutzer zu schonen sind [86] und, falls notwendig, für entsprechende bauliche oder organisatorische Änderungen zu sorgen ist [87]. Diese Pflichten der Einrichtung sind je nach Abhängigkeit des Benutzers von der Einrichtungsleistung als Fürsorgepflichten entsprechend stark ausgeprägt [88].

Inwieweit dagegen das Budgetrecht eine Einschränkung der Organisationsgewalt bringt, ist umstritten. So wird behauptet, die Budgetbewilligung sei eine Vorbedingung für die Ausübung der Organisationsgewalt und den Vollzug organisatorischer Maßnahmen, weshalb die Organisationsgewalt durch das Budgetrecht gebunden sei [89]. Andererseits steht die Aussage, daß das Haushaltsrecht auf den Bestand und die Substanz einer Einrichtung rechtlich keinen Einfluß habe, sondern für die (tatsächliche) Ausübung der Organisationsgewalt sei die Aufgabenbewilligung eine notwendige Vorbedingung, weshalb die Exekutive nicht gehindert wäre, vorbehaltlich der Mittelbewilligung - Organisationsnormen zu schaffen, weil die konkreten Ausgaben erst später entstünden, und dies noch keine

---

80 Kunze § 10 S. 13; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II S. 384
81 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV b und c S. 392 und 396
82 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV c S. 396
83 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV d S. 397
84 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV d S. 397
85 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV d S. 397
86 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV d S. 397
87 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV d S. 397
88 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV d S. 397
89 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 111 f

faktische Veränderung mit sich bringe [90]. Da aber die Kommunen selbst den Haushaltsplan aufstellen, bestehe zwischen der Trägerschaft der Organisationsgewalt und der Beschränkung der Organisationsgewalt durch den Haushaltsplan zugleich eine Identität hinsichtlich der berechtigten Person "Kommune", weshalb insofern der Vorrang des Haushaltsplanes entbehrlich erscheine [91].

Räumlich sind die Rechte der Einrichtung gegen die Benutzer bzw. Gewaltunterworfenen, wozu insbesondere die Störungsabwehr gehört, grundsätzlich auf das Gebiet der Einrichtung beschränkt, weshalb z. B. Maßnahmen gegen Störungen des Einrichtungsbetriebes, die außerhalb seines Bereiches entstammen, nur aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung möglich sind (umstritten) [92]. Gegen störende Besucher der Einrichtung ergeben sich die Rechte der Einrichtung nicht aus der Organisationsgewalt, sondern aus dem (umstrittenen öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen) Hausrecht, weil sich die Organisationsgewalt nur gegenüber den Benutzern rechtfertigen läßt [93]. Andererseits haben Außenstehene keinen Abwehranspruch gegen die öffentliche Einrichtung, soweit sich die Störungen in den zu duldenden Grenzen der Paragraphen 906 und 1004 Bürgerliches Gesetzbuch halten, weil diese Einrichtungen im öffentlichen Interesse bestehen [94]. Personell unterliegen, wie bereits angedeutet, nur die Benutzer der Organisationsgewalt, nicht dagegen die Besucher oder sonstige Nichtbenutzer, soweit gesetzlich nichts anderes vorgesehen ist [95]. Das Personal einer Einrichtung fällt (in dem hier erörterten Sinne einer Anstaltsgewalt) nicht unter die Organisationsgewalt [96]. Ausgeübt wird die Organi-

---

90 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 273 f
91 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 435
92 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 503; Münch § 3 II 2 S. 51 f; Wolff, Verwaltungsrecht II S. 383 f (§ 99 II b und c), der auch die Gegenmeinung aufführt.
93 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II c S. 383
94 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II d S. 386
95 Vergleiche die Anmerkungen 92 bis 94
96 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II c S. 384: Das Personal einer Anstalt unterliegt nicht der Anstaltsgewalt. Bei dem weit umfassenden Begriff "Organisationsgewalt" gehört das Dienstrecht (Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 434) im Gegensatz zu dem engen Begriff im Sinne der Einrichtungs-/Anstaltsgewalt nicht dazu - vergleiche oben 2.

sationsgewalt von den Trägern der Einrichtungen und von den Einrichtungsorganen [97]. Dies sind in der Regel die Behördenleiter [98].

5. Zulassung, Kreis der Benutzer, Rechtsschutz

Die Zulassung zur Benutzung einer öffentlichen Einrichtung erfolgt - im Gegensatz zum Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen [99] - auf Antrag des potentiellen Benutzers - oder auch konkludent [100], was durch Eintritt in den Machtbereich der öffentlichen Einrichtung geschehen kann [101]. Einer Zulassung, die rechtlich ein Verwaltungsakt ist (umstritten) [102], bedarf es auch dann, wenn ein subjektives Benutzungsrecht besteht [103]. Als Benutzer kommen - trotz eventueller konkludenter Handlungsweise bei der Zulassung - nur solche Personen in Frage, die zwar nicht die Geschäftsfähigkeit, aber die Einsichtsfähigkeit für ihre Handlungen besitzen müssen [104]. Die Zulassung hat zur Folge, daß es für eine verbindliche Benut-

---

97 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II e S. 384
98 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 434 (§ 23)
99 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 III a S. 385
100 Seeger/Wunsch S. 101
101 Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 102
102 Quaritsch S. 254; Seeger/Wunsch S. 101; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 III a S. 385. Anderer Ansicht ist Lange S. 180 f und 206, der entgegen der "Grundvorstellung des Anstaltsrechts" annimmt, daß die Konstruktion einer ("Verwaltungsakts"-)Zulassung rechtlich überflüssig und sogar schädlich sein könne, weil einerseits die in Betracht kommenden Rechtsfolgen auf die bloße tatsächliche Benutzung bezogen seien, und andererseits durch diese Konstruktion die Zwei-Stufen-Theorie neue Nahrung erhalte mit der Folge, daß einem Unberechtigten wegen erschwerter Rücknahmemöglichkeit begünstigender Verwaltungsakte die weitere Benutzung der Anstalt gestattet werden muß, ohne daß zuvor tatsächlich irgendeine Entscheidung über seine Zulassung getroffen worden wäre. - Meines Erachtens bilden diese Fälle aber die Ausnahme, denn wer nach dem äußeren Erscheinungsbild erkennbar den Nutzungsbereich der Anstalt in zweckwidriger (gleich zulassungswidriger) Weise betritt, besitzt - vergleichbar mit dem widerrechtlichen Eindringen beim Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) - überhaupt keine Zulassung. Auch hat sich in der Praxis die bisherige Rechtsauffassung bewährt. - Nach den Regeln "verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse" zwischen Einrichtung und Benutzer bedarf es lediglich einer Zulassung, die durch tatsächliche Inanspruchnahme der Einrichtungsleistung zustande kommt, dagegen ist eine Willenserklärung nicht notwendig (vergleiche Quaritsch S. 253 f auf Entgegnung zu Lange).
103 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 III a S. 385; anderer Ansicht Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 102, der eben-

zungsordnung nicht auf einen abweichenden Willen des Benutzers ankommt [105], ebensowenig ist seine Rechtsstellung von der tatsächlichen Benutzung abhängig [106].

Bei der geschichtlichen Entwicklung wurde bereits angedeutet, daß sich der Rechtsschutz der Betroffenen immer weiter ausgeweitet hat. Die Meinungsvielfalt dazu ist groß. Sie führt von einem unbeschränkten Rechtsschutz zu einem Rechtsschutz nur im Grund-, aber nicht im Betriebsverhältnis bis zu einem bloßen Rechtsschutz entsprechend einer Ermessensbetätigung gemäß § 114 Verwaltungsgerichtsordnung. Im Grundsatz hatten all diese Ansichten meist dieselbe Begründung mit der Unterscheidung, ob eine Rechtsverletzung gemäß § 42 Verwaltungsgerichtsordnung möglich ist oder nicht; nur die Antworten waren verschieden. Am stärksten vertreten wurde die Einteilung nach dem Grund- und Betriebsverhältnis.

6. Kritik

An dieser Institution haben die verschiedenen Begründungen (vergleiche oben bei 3.) - insbesondere im 2. und 3. Jahrzehnt seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes, vorwiegend aus den Vorbehaltslehren und dem damit verbundenen Rechtsschutz - erhebliche Kritik erfahren müssen.

Aus der Gesetzgebung sei es einerseits nicht ersichtlich, daß die Organisationsgewalt nicht der Legislative zustehe, und andererseits es keine Bereiche gebe, die der Exekutive rechtssetzende Funktionen gewährten [108]. - Die Übung (für das Gewohnheitsrecht) habe ihre Überzeugung darin, die Maßnahmen auf dem vorliegenden Gebiet bedürften keiner Legitimation. Der Verzicht auf eine Legitimation beinhalte aber noch kein

---

falls die Zulassung durch Gesetz anerkennt, dabei aber übersieht, daß das Gesetz durch den Verwaltungsakt erst konkretisiert werden muß.

104 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II b S. 383

105 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 III a S. 385

106 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II b S. 383

107 Vergleiche mit weiteren Nachweisen z. B.: Münch § 3 II 2 S. 51 f; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 935 ff; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV a S. 391 f

108 Hamann, Organisationsgewalt S. 3

Gewohnheitsrecht (das zu Eingriffen ermächtige) [109]. - Nur soweit jeweils Gewohnheitsrecht auch nachgewiesen sei, könnten Satzungen erlassen werden [110]. - Es müsse deshalb befremden, wenn Gewohnheitsrecht herhalten solle, damit Rechte beschränkt werden könnten [111]. Andere lehnen meist ohne nähere Begründung die rechtliche Konstruktion über das Gewohnheitsrecht ab [112].

Die Lehre von der freiwilligen Unterwerfung unter die Gewalt des Einrichtungsträgers könne doch nur dort in Frage kommen, wo die Unterwerfung wirklich freiwillig geschehe und nicht durch staatlichen Zwang oder sozialen Druck bedingt sei, weshalb bei Empfang existenzwichtiger Leistungen, bei rechtlichen oder tatsächlichen Monopolen des Gewaltträgers nicht von Freiwilligkeit gesprochen werden dürfe. Aber auch in Bereichen freiwilliger Unterwerfung dürfe niemand von der Nutzung nach Belieben ausgeschlossen werden, weil die zu erbringenden Leistungen des Trägers der Einrichtung in der Regel überwiegend aus öffentlichen Geldern bestritten würden. Schon wegen der öffentlichen Mittel sei eine sachgerechte Verwendung notwendig [113]. - Durch die vermehrten, vielfältigen Beziehungen des einzelnen zum Staat könne heute im Gegensatz zum 19. Jahrhundert dieser nicht mehr der freie Partner des Staates sein, wobei der Staat in der Regel der Stärkere bzw. der Überlegene sein dürfte. Die gesetzlich abgesteckten Grenzen hoheitlichen Handelns würden sich zum Nachteil des einzelnen und damit des sozial Schwächeren verschieben. Je geringer die Position des Betroffenen sei, um so stärker würde die soziale Abstufung stattfinden, was einem Rechtsstaat nicht entspreche [114].

Die freiwillige Unterwerfung widerspreche dem Vorbehaltsprinzip [115]: Nur der Gesetzgeber könne über den Vorbehaltsbereich

---

109 Kempf S. 703
110 Kiess S. 156
111 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 937
112 Erichsen, Verwaltungsrecht S. 242; Fuß, Verwaltung und Schule S. 244
113 Bachof, Rechtsstaat S. 59
114 Forsthoff, Anm. zum BVerwG S. 725
115 Forsthoff, Anm. zum BVerwG S. 725; Kempf S. 703; Werner Thieme, Vorbehalt S. 84

entscheiden und das nur, soweit ein solcher Vorbehaltsbereich bestehe, weshalb der Staatsgewalt Grenzen gesetzt seien. Wäre es in das Belieben des einzelnen gestellt, die staatliche Gewalt durch seine Unterwerfung zu verändern, so würde im Laufe der Zeit eine andere Kompetenzverteilung stattfinden, die mit der Verfassung nicht übereinstimme. Öffentliches Recht beinhalte nun einmal im Gegensatz zum Privatrecht zwingendes Recht. Die Veränderung staatlicher Gewalt durch Unterwerfung des Betroffenen könne nur dort gerechtfertigt sein, wo das Gesetz es vorsehe. Die Grundrechte würden insoweit von der herrschenden Ansicht regelmäßig als unverzichtbar angesehen [116], denn der Staat müsse außerdem die Freiheit des Bürgers schützen.

Gegen das Hausrecht als Begründung wird eingewendet, es gehe bei den vorliegenden Gewaltverhältnissen weniger um eigentumsrechtliche Substanzbefugnisse als vielmehr um öffentlich-rechtliche Bestimmungen [117]. Mit dem Hausrecht ließen sich zwar Vollzugshandlungen innerhalb des Einrichtungsbereiches rechtfertigen, jedoch müsse gegen Besucher zur Durchsetzung von Maßnahmen die Polizeibehörden eingeschaltet werden [118].

Die Sonderverordnungslehre beinhalte eigentlich mit ihrer Außenwirkung Gesetze im materiellen Sinne, weshalb auch Sonderverordnungen zum Vorbehaltsbereich der Legislative gehören würden und deshalb einer gesetzlichen Ermächtigung bedürften [119]. Die Sonderverordnungslehre verstoße deshalb auch gegen das Grundgesetz, da sie den Gesetzesvorbehalt der einzelnen Grundrechte und den Wortlaut des Artikels 19 Absatz 1 Satz 1 Grundgesetz mißachte [120].

Speziell an der Figur des besonderen Gewaltverhältnisses wird kritisiert, sie könne keine gesetzliche Ermächtigungs-

---

116 Zippelius, Staatsrecht § 20 II S. 163
117 Werner Thieme, Vorbehalt S. 84
118 Wolff, Verwaltungsrecht II S. 383 (§ 99 II c)
119 Erichsen, Eingriffe S. 444; derselbe, Verwaltungsrecht S. 245 f; Bachof, Verwaltungsrecht II S. 432 (§ 101 VII d); diese Lehre konnte sich zu keinem Zeitpunkt durchsetzen.
120 Erichsen, Eingriffe S. 444, auf S. 446 mit Bezug zum besonderen Gewaltverhältnis

grundlage ersetzen [121], sie sei weithin überholt und mit den Grundsätzen eines demokratischen Staates nicht vereinbar [122], sie degradiere den Betroffenen zum bloßen Objekt der Exekutive, da er sich gegen die hoheitliche Gewalt nicht zur Wehr setzen könne [123], Grundrechte würden zu stark relativiert [124], das Grundgesetz gehe auch in diesen Verhältnissen davon aus, daß die Grundrechte uneingeschränkt fortgelten, denn andernfalls wäre Artikel 17 a Grundgesetz nicht notwendig gewesen [125].

Aber auch gegen die "theoriefreien" sonstigen Erwägungen zugunsten des Rechtsinstituts werden beachtliche Einwendungen erhoben: Wer auf die Elastizität - wie die Leistungsfähigkeit und Schlagkraft - der Verwaltung verweise und meine, es gebe bessere Formen als die Parlamentsentscheidungen, der habe ein besonderes verfassungspolitisches Verständnis [126]. Ohne eine Legitimation dieser Gewalt würden ganze Lebensbereiche dem Recht entzogen, und es würde kein einheitliches politisches Gemeinwesen geben, das nur einen für alle verbindlichen Ursprung hätte [127]. Die Organisationsgewalt wäre für den Rechtsstaat ein erschreckender Koloß, der unkontrolliert auch zum Zwecke der Diktatur verwendet werden könnte [128]. Die Rechtsgeschichte habe immer wieder aufgezeigt, wie groß die Gefahr sei, praktisch-effiziente Regelungen auf Kosten der Freiheit der Bürger durchzusetzen [129]. Wo eine Ermächtigung fehle, führe die Exekutive nicht mehr die Gesetze aus, sondern handle und entscheide anstelle der Parlamente, was den Gewaltenteilungsgrundsatz verletze [130]. Der Grundsatz, daß die Satzung als eine abgeleitete Rechtsquelle einer Ermächtigung bedürfe, wäre nicht mehr zutreffend [131]. Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, den Bürger vor staatlicher Willkür zu schützen, verliere seinen verfassungspolitischen Sinn [132]. Es sei auch nicht einzusehen, warum gerade in

---

121 Bachof, Verwaltungsrecht I § 101 VII d S. 431
122 Fuß, Verwaltung und Schule S. 244
123 Gröttrup S. 117
124 BVerfGE 33,1,10
125 Zippelius, Staatsrecht § 20 II 3 S. 163
126 Fuß, Kontaktverhältnisse S. 768
127 Brohm, Verwaltungsvorschriften S. 247
128 Ermacora S. 235
129 BVerfGE 33,125,157
130 BVerwGE 2,114,116
131 Kiess S. 155
132 BVerwGE 2,114,116f

diesen Bereichen das Trägersubjekt eine größere Macht habe als in seinen sonstigen Angelegenheiten [133]. Auch in Bereichen, in denen Experten und Techniker eine wichtige Rolle spielen, bedürfe es über das "daß" einer bestimmten sachlichen Verrichtung einer Legitimation [134]. Der Rechtssetzungsakt stehe der Exekutive daher nur insoweit zu, als sie von der Verfassung und einem Gesetz ermächtigt sei [135].

7. Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung

Bei der langerschnten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ("Strafgefangenenurteil" vom 14.3.72 [136]) finden sich die kritischen Stimmen bestätigt. Diese Entscheidung führte in der Literatur zu einem großen Meinungsumschwung zugunsten einer erforderlichen Ermächtigungsgrundlage auch im Organisationsbereich (bzw. auf dem Gebiet des besonderen Gewaltverhältnisses und so weiter) und zu einer weitgehenden Beilegung des Meinungsstreits. Dies brachte und bringt aber heute noch - insbesondere im Bereich kommunaler Einrichtungen - ungelöste Probleme mit sich, zumal, wie vorstehend bei Kapitel V zu ersehen ist, die Wesentlichkeitstheorie bald danach [137] an Bedeutung gewonnen hat. Bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die eine große Zustimmung erfahren hat [138], werden von der Literatur [139] außer den bereits bei 6.

---

133 Kiess S. 155

134 Ob dies auch beim "wie" zutreffe, ist im Bereich dieser Meinungen umstritten - vergleiche die Nachweise bei Gröttrup S. 167

135 Ermacora S. 238

136 E 33,1ff. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, daß ein Brief eines Strafgefangenen aufgrund einer Verwaltungsvorschrift von der Gefängnisleitung kontrolliert und wegen beleidigendem Inhalt "angehalten" (nicht weitergeleitet) wurde. Das Bundesverfassungsgericht stellt dagegen fest, daß die Grundrechte von Strafgefangenen nur durch Gesetz oder auf der Grundlage eines Gesetzes eingeschränkt werden können, nicht jedoch mittels Verwaltungsvorschrift aufgrund eines "besonderen Gewaltverhältnisses", denn nur die gesetzliche Einschränkung der Grundrechte sei die von der Verfassung vorgesehene Form. Bestätigt hat das Bundesverfassungsgericht die Wesentlichkeitstheorie unter anderem noch in den Entscheidungen 33,125,158; 33,301,346; 34,165,192f; 40,237,249; 41,251,259f; 45,400,417; 47,46,78ff; 48,210,221; 49,89, 126f; 57,295,320f; 58,257,268f

137 Vergleiche z. B. BVerfG NJW 1977, 1723 f

138 Erichsen, Vorbehalt S. 93 f; Kisker, Vorbehalt S. 1314;

erwähnten Punkten insbesondere folgende Argumente hervorgehoben [140]:

In Artikel 1 Absatz 3 Grundgesetz werden die Grundrechte für die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung für unmittelbar verbindlich erklärt. Dieser umfassenden Bindung staatlicher Gewalt widerspräche es, wenn Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten. Eine Einschränkung kommt nur dann in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten, gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerläßlich ist [141] und in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen geschieht. Grundrechte können nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, das allerdings häufig auf - möglichst eng begrenzte - Generalklauseln nicht wird verzichten können.

Mit der Entscheidung ging es dem Bundesverfassungsgericht darum, beim Vorbehalt des Gesetzes eine Lücke des Rechtsstaates zu schließen [142], denn das Grundgesetz beinhaltet eine objektive Wertordnung mit einem umfassenden Grundrechtsschutz, die zu verwirklichen die gesamte Gewalt verpflichtet ist, weshalb Einschränkungen des Grundrechtsschutzes für bestimmte Personengruppen nicht zulässig sind [143]. Des weiteren bleiben somit die Menschenrechte und damit auch der Wesensgehalt der Grundrechte unverletzlich und unveräußerlich [144]. Die Gesetzgebung kann also ohne Verfassungsänderung ihre legitimen Aufgaben auf diesem Gebiete ausüben [145].

Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 933 und 937

139 Erichsen, Eingriffe S. 445; Münch S. 52 (§ 3 II); Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 937; in gleichem Sinne bereits im Jahre 1967 Starck, Autonomie und Grundrechte S. 455; Zippelius, Staatsgewalt S. 164 (§ 20 II); BVerfGE 33,1,11

140 Einige Hinweise zum Gefangenenverhältnis werden hier nicht angeführt, da der Entscheidung für die Literatur allgemeingültigen Charakter zukommt.

141 Hier ist erkennbar, daß die Entscheidung auch Aspekte beinhaltet, die speziell für das Gefangenenverhältnis gedacht sind.

142 Ronellenfitsch, Entwicklungstendenzen S. 245

143 BVerfGE 33,1,12

144 Hammel S. 51

145 Hamann, Organisationsgewalt S. 3

Neuere Überlegungen haben die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch gestärkt: Aus der Funktionsanalyse der Gewaltenhemmungslehre, die nicht nur ein politisches Postulat, sondern ein der Rechtsordnung immanenter Gesichtspunkt sei [146], bzw. aus der Funktionentrennung ergebe sich, daß grundsätzlich alle Materien in einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung der öffentlichen Erörterung und der rechtsstaatlichen Absicherung des Bürgers bedürften [147], oder anders ausgedrückt, Rechtsstaats- und Demokratieprinzip des Grundgesetzes verpflichteten die Legislative, grundlegende Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Exekutive zu überlassen [148]. Auch verlasse der, der in ein besonderes Gewaltverhältnis und damit in den Innenbereich der Exekutive eintrete, weder den Bereich des Rechtsstaates noch der Demokratie [149].

Die Schwierigkeit, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugunsten der Wesentlichkeitstheorie in die Praxis umzusetzen [150], hat - insbesondere beim Recht der öffentlichen Einrichtungen (Anstalten) - auch zu gegenläufigen bzw. einschränkenden Überlegungen in der Literatur geführt. So wird zwar eingeräumt, daß die Grundrechte auch bei der Anstaltsbenutzung gelten, dennoch lasse sich der Vorbehalt des Gesetzes auf Benutzungsregelungen nicht ohne weiteres anwenden, weil einerseits die Benutzungsregelungen der Anstalten für formelle Gesetzesbestimmungen zu vielseitig seien, und andererseits bei Geltung des Vorbehaltsprinzips die Anstaltsträger den Weg über die privatrechtlichen Benutzungsbedingungen wählen würden [151]. Aus diesen Gründen könne man auf eine besondere Ermächtigung verzichten, denn im Anstaltszweck sei eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung enthalten, und die Benutzungsregelungen wären dann in Anlehnung an § 35 Satz 2 3. Alternative Verwaltungsverfahrensgesetz regelmäßig als Allgemeinverfügung zu qualifizieren [152]. Auf

---

146 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 939
147 Kisker, Vorbehalt S. 1315; BVerfGE 33,125,158
148 Münch § 3 II 2 S. 52 f mit Bezug auf die Wesentlichkeitstheorie, im gleichen Sinne BVerfGE 33,125,158
149 Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt S. 713
150 Vergleiche Maurer S. 138 und Schnapp, Verwaltungsvorbehalt S. 175
151 Lange S. 182 ff und 206 Leitsatz 10
152 Lange S. 182 f mit weiteren Nachweisen unter anderem auf

kommunaler Ebene bedürfe es, soweit das Gewohnheitsrecht (der Anstaltszweck) reiche, keiner kommunalen Satzung [153]. Benutzungsregelungen seien daher auch dann rechtmäßig, wenn der einzelne dadurch in seinen Freiheitsgrundrechten oder seinem Recht auf Gleichbehandlung betroffen werde, solange diese Regelungen vom Anstaltszweck gedeckt seien und nicht gegen normative Vorgaben verstoßen würden [154]. Einschränkungen ohne formell-gesetzliche Grundlage seien wegen der Rechtmäßigkeit des besonderen Gewaltverhältnisses auch heute noch möglich, weil die Vielfalt der Beziehungen letzten Endes rechtlich nicht voll erfaßt werden könne [155]. Nachdem das Bundesverfassungsgericht der gewohnheitsrechtlichen Lösung eine Abfuhr erteilt hat bzw. die Anwendung des besonderen Gewaltverhältnisses ablehnt, ist die Einschränkung bzw. Relativierung dieser Ansicht [156] verständlich, daß dort, wo von Anstaltsbenutzungen eine wesentliche Grundrechtsverwirklichung abhängt, der Vorbehalt des Gesetzes (bzw. auf kommunaler Ebene ein Satzungsvorbehalt) nun zu beachten sei. Der Sache nach soll sich die Einschränkung nicht auf Modalitäten der anstaltlichen Leistungserbringungen erstrecken [157]. Für die anstaltlichen Leistungserbringungen gebe es somit eine mit der "planerischen Gestaltungsfreiheit" vergleichbare "organisatorische Gestaltungsfreiheit", die eine Lockerung des Vorbehaltsprinzips und damit auch eine Lockerung der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten eröffne [158].

Zur Fragwürdigkeit gewohnheitsrechtlicher Ermächtigung wurde insbesondere im 3. Titel und bei Kapitel III 1. sowie zum

---

Löwer S. 939, der aber die Frage ausdrücklich offenläßt, ob die Wesentlichkeitstheorie auf die Satzungen "herabgezont" werden müßte oder nicht bzw. ob auch "Wesentliches" mit der "Allgemeinverfügung als Anstaltsordnung" getroffen werden könnte, bei der es sich letztlich nur um eine Selbstbindung der Verwaltung handeln würde.

153 Lange S. 183 Anmerkung 40. Löwer (S. 939) läßt diese Frage ausdrücklich offen, ob die Wesentlichkeitstheorie auf die Satzungen "herabgezont" werden müsse oder nicht.

154 Lange S. 182 und 184

155 Lange S. 185

156 Lange S. 183

157 Lange S. 183 und 206

158 Badura, Anstalt S. 250 f, der die Ansicht von Lange als "entwicklungsfähiger Gedanke" bezeichnet.

besonderen Gewaltverhältnis bei Kapitel V 10. Stellung genommen. Im Ergebnis nicht anders zu beurteilen ist die Konstruktion der Benutzungsregeln als Allgemeinverfügung, denn bei den Allgemeinverfügungen des § 35 Satz 2 3. Alternative Verwaltungsgerichtsordnung steht der Sachenrechtsbezug im Vordergrund, während es beim Benutzungsverhältnis öffentlicher Einrichtungen um ein personenbezogenes Zulassungsverhältnis geht [159]. Letztlich stellt diese Allgemeinverfügung nur eine Selbstbindung der Verwaltung dar [160]. Außerdem wird bei konsequenter Anwendung der Einschränkung auf die wesentliche Grundrechtsverwirklichung (durch die Hintertür) der Vorbehalt des Gesetzes wieder eingeführt, wenn man, wie in Kapitel IV ausgeführt, eine Unterscheidung von Eingriff und Leistung für das Vorbehaltsprinzip ablehnt. - Der Vorwurf, daß die Einrichtungs-(Anstalts-)Zwecke für das Vorbehaltsprinzip zu vielgestaltig seien, ist nicht eine Frage des Vorbehaltsprinzips, sondern dieses Problem ist beim Grad der erforderlichen Bestimmtheit angesiedelt und auch dort zu lösen. Häufig genügt für die Angabe des Einrichtungszweckes ein einziger Paragraph [161] (womit hier aber noch nichts - wie in Kapitel V - zum Grad der erforderlichen Bestimmtheit gesagt ist). - Soweit die Einrichtungsträger wegen des Vorbehaltsprinzips eine privatrechtliche Nutzungsform wählen, müssen sie aber auf die Vorteile hoheitlicher Regelungen verzichten. - Letzten Endes gibt es (langfristig) keine tragfähige Alternative zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

8. Schlußanmerkung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat die Literatur, soweit sie die Entscheidung akzeptiert hat, zu der Frage gebracht, ob die Institution der Organisationsgewalt (des besonderen Gewaltverhältnisses und so weiter) in Teilbereichen noch einen Sinn habe [162], oder ob man sie bes-

---

159 Insoweit ist Lange konsequent, weil er bei öffentlichen Einrichtungen eine Zulssungspflicht ablehnt - vergleiche vorstehende Anmerkung 102.

160 Löwer S. 939

161 Denninger, Anstalt S. 286; insoweit stimmt dem auch Lange (S. 303 f) bei der Diskussion zu, bleibt aber weiterhin bei seiner vorerwähnten Rechtsauffassung.

162 Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis S. 938, der das besondere Gewaltverhältnis allerdings im Rahmen

ser ganz aufgeben sollte [163]. Da die Beantwortung für den Vorbehaltbereich, soweit man die obige Untersuchung bei der Wesentlichkeitsprüfung ausnimmt, nicht von Interesse ist, wird hierzu nicht Stellung genommen. Diese Rechtsfiguren haben die Literatur aber darauf aufmerksam gemacht, was durch eine unkritische Übernahme traditioneller Verfassungsbestimmungen in das geltende Verfassungsrecht alles geschehen kann [164]. Mit dem besonderen Gewaltverhältnis (der Organisationsgewalt und so weiter) wurde meist eine Art künstliches Innenverhältnis geschaffen, das sich vom Außenverhältnis nicht nach objektiven Kriterien, sondern nach geschichtlichen Zufälligkeiten abgrenzte [165]. Organisationsgesetze können große Bedeutung für das Gemeinschaftsleben besitzen; zu ihnen zählt die Verfassung, soweit man von dem Grundrechtsteil absieht, die (nach Artikel 79 Grundgesetz) unbestritten nur von einem qualifizierten Gesetzgeber geändert werden kann. Das Grundsätzliche bzw. Wesentliche gehört, das auch die sog. Innenverhältnisse betreffen kann, in die Hand des Gesetzgebers [166], denn andernfalls hat dies folgenschwere Auswirkungen für die Betroffenen, weshalb soweit wie möglich für Klarheit - z. B. über Tatbestand, Dauer, Rechtsfolgen, Zuständigkeiten und Verfahren - gesorgt werden muß [167]. Von dem Erfordernis des Vorbehalts sind auch die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" nach Artikel 33 Absatz 5 Grundgesetz (als eine eventuelle Einschränkung der Grundrechte) nicht auszunehmen [168]. Mit alledem wird die Freiheit des einzelnen sowie Interessen von Minderheiten und damit zugleich die Allgemeinheit geschützt, was ein Element des Vorbehaltsprinzips ist [169]; das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ist also nicht lediglich eine Formalität [170].

---

einer gerichtlichen Überprüfung von einigen unbestimmten Rechtsbegriffen heranzieht.

163 Rupp, Verwaltungsvorschriften S. 614; Schmidt-Aßmann S. 199 f

164 Krebs, Vorbehalt und GG S. 128 (§ 3 II 2)

165 Herzog, Kommentar Art. 20 GG RNr. 62 f S. 236

166 Obermayer, Verwaltungsakt S. 117; Pfeifer S. 260

167 BVerfGE 41,251,260

168 Krebs, Vorbehalt und GG S. 130

169 BVerfGE 33,125,160

170 BVerfGE 41,251,263

Kapitel VIII: Auswirkungen der Wesentlichkeitstheorie - Beispiele in Form von Fallgruppen

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß sich auf dem Gebiet des Kommunalrechts, insbesondere bei den öffentlichen Einrichtungen, Lösungen mit Hilfe des besonderen Gewaltverhältnisses oder der Anstaltsgewalt oder anderer Theorien zur rechtmäßigen Abgrenzung satzungsrechtlicher (exekutiver) Regelungen kommunaler Vertretungskörperschaften von den Maßnahmen der "ausführenden Kommunalverwaltung" (Satzungsvorbehalt) nicht mehr heranziehen lassen [1]. Nachdem sich die Wesentlichkeitstheorie zu Recht durchzusetzen scheint, besteht gerade auf diesem "ungemein grundrechtssensiblen Gebiet" für die Literatur ein erheblicher Nachholbedarf, zur Klärung der Rechtslage beizutragen [2]. Das derzeit unlösbare Problem, griffige Abgrenzungskriterien zu ermitteln, sowie der nur zaghafte und oftmals gefühlsmäßige (weil gegenüber anderen Fallkonstellationen nicht begründbar) Versuch, die Vorbehaltslehre schrittweise zu erweitern, lassen viele Autoren - aus welchen Gründen auch immer - schweigen. Einerseits will man sich nicht zu weit vorwagen, wodurch aber Schwierigkeiten in den Begründungen entstehen, und diese Begründungen durch eine ständig sich erweiternde Ausdehnung der Vorbehaltslehre bald als überholt bzw. als falsch gelten könnten. Andererseits besteht die Gefahr, bei einem zwar derzeit gut begründbaren Vorwagen doch die Realität für die gegenwärtige Situation bzw. für das gegenwärtig Machbare aus den Augen zu verlieren. Die nachfolgenden Beispiele enthalten daher auch den Versuch, sich mit Hilfe der (ungeklärten und sich rasch verändernden) Gegenwart in die (ungewisse) Zukunft hinein- bzw. voranzutasten. Es ist schließlich die Aufgabe der Wissenschaft, dort, wo ungeklärte Probleme bestehen, (auch mit Mut zum Risiko) nach neuen Wegen zu suchen.

---

1 Vergleiche hierzu die Ausführungen bei Bethge S. 580
2 In diesem Sinne auch Bethge S. 580

1. Die Errichtung und Aufhebung von Behörden bzw. öffentlichen Einrichtungen

Früher galt dieser Bereich als eine Angelegenheit rein verwaltungsinterner Maßnahmen [3]. Heute sind selbst die daraus gebildeten verschiedensten Fallgestaltungen in der Literatur umstritten. Im Grundsatz besteht allerdings Einigkeit, daß die Errichtung rechtsfähiger Verwaltungsträger (Körperschaften, selbständige Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts) zum Vorbehaltsbereich zählt [4]. Aus den Begründungen ergeben sich eventuell Ausnahmen:

Die Gründung selbständiger Verwaltungseinheiten wird im Zusammenhang mit den dazu gehörenden Hoheitsbefugnissen gesehen [5]. So geht bereits das (rechtsstaatliche) Eingriffsdenken davon aus, daß die Hoheitsbefugnisse mit ihren Zwangsmitteln die Freiheit des einzelnen beeinträchtigen können [6] (und deshalb dem Vorbehaltsbereich unterliegen). Die Errichtung einer Behörde bzw. einer öffentlichen Einrichtung unterlag aber wegen der fehlenden "unmittelbaren Beeinträchtigung" nicht dem ursprünglichen klassischen Eingriffsvorbehalt [7], sondern gehörte zu dem später diskutierten Bereich des institutionellen Vorbehalts [8]. Die Ausstattung mit neuen Hoheitsbefugnissen entspricht also dem Eingriffsdenken, nicht dagegen in gleichem Maße die Verlagerung von Hoheitsbefugnissen, weil diese keine neuen "Eingriffe" mit sich bringen. Dies war ein Aspekt für den institutionellen Vorbehalt [9], der ebenfalls das demokratische Element des "politisch Wichtigen" berücksichtigt [10]. Die Verlagerung von Hoheitsbefugnissen ist gleichzeitig eine Änderung der Zuständigkeitsregelung; sie selbst als wesentliche (bzw. normierungsbedürftige) Maßnahme anzusehen, dafür sprechen folgende Überlegungen: Die (örtliche und sachliche) Zuständigkeit gehört zu den wichtigsten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Verwaltungsaktes und damit zum gerichtlichen Schutzbereich

---

3 Kopp, Verwaltungsbehörden S. 267
4 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 96 f; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 266 f, 271 und 277
5 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 267 und 277; Rasch, Zuständigkeiten S. 337
6 Rasch, Zuständigkeiten S. 377, der deshalb den Vorbehaltsbereich bejaht.
7 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 271
8 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 267
9 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 267
10 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 270

-244-

des einzelnen [11]. Der Richter kann regelmäßig diese Voraussetzungen nur zweifelsfrei nachprüfen, wenn Rechtsnormen vorhanden sind [12]. Im Rechtsstaat sollte auch jedermann wissen, welche Behörde ihn (hoheitlich und rechtmäßig) verpflichten bzw. wo er seine Rechte verwirklichen kann [13]. Es besteht also hinsichtlich der Zuständigkeit ein aktuelles Veröffentlichungsbedürfnis [14]. Der unbestimmte Personenkreis, an den sich die Zuständigkeitsregelungen wenden, spricht für ein Gesetzgebungsverfahren [15]. Zu sehen ist dies auch unter dem Apekt, daß sich grundsätzlich jede Zuständigkeit als eine ausschließliche erweist [16]. Sie verdichtet die Beziehung des Staates zu seinen Untertanen [17]. Die Änderungen oder Verlagerungen von Zuständigkeitsregelungen sind also regelmäßig so bedeutsam, daß sie grundsätzlich zu den wesentlichen (gleich normierungsbedürftigen) Maßnahmen zu zählen sind. - Die Erzeugung neuer Rechtspersonen trägt zwar zur verfassungsrechtlichen Grundidee der Gewaltenteilung bei, ist aber für ein demokratisches Staatswesen außerdem so bedeutungsvoll, daß hierzu die Entscheidung des Normgebers notwendig ist [18]. Sollte dagegen aus

---

11 Hamann, Organisationsgewalt S. 4; Obermayer, Hoheitsbefugnisse S. 626; derselbe, Vorbehalt des Gesetzes S. 355; Spanner, Anm. zu BVerwG S. 342; anderer Ansicht Heinze S. 375, der meint, daß jedes beliebige Naturereignis ebenso zur Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Verwaltungsaktes gehören kann. Er übersieht aber, daß die Zuständigkeitsvoraussetzungen bei der Rechtmäßigkeitskontrolle eines Verwaltungsaktes stets so wichtig sind, weshalb sie immer zu prüfen sind (im Gegensatz zu den vielen möglichen Naturereignissen). - Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeiten machen die Verwaltungsverfahrensgesetze eine Ausnahme bei der Frage eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes (wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können).

12 Obermayer, Hoheitsbefugnisse S. 626; Spanner Anm. zu BVerwG S. 342

13 Obermayer, Hoheitsbefugnisse S. 626; Spanner, Organisationsgewalt S. 641

14 Spanner, Anm. zu BVerwG S. 342; derselbe, Organisationsgewalt S. 641; anderer Ansicht Heinze S. 375

15 Obermayer, Hoheitsbefugnisse S. 626; Rasch, Zuständigkeiten S. 337

16 Rasch, Die Behörde S. 5

17 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 264

18 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 271

irgendwelchen Umständen der neuen (öffentlich-rechtlichen) Rechtspersönlichkeit überhaupt keine hoheitlichen Befugnisse zustehen (was in der Praxis selten vorkommt) kann sie ohne normativen Akt begründet werden (umstritten) [19]. Eine weitere Ausnahme, nämlich die stillschweigende Delegation zur Schaffung neuer Rechtspersönlichkeiten [20], anzuerkennen, ist bei konsequenter Anwendung der Wesentlichkeitstheorie mit dem dazu gehörenden Bestimmtheitsgrundsatz aus den dargelegten rechtsstaatlichen und demokratischen Überlegungen nicht mehr möglich. Gleiches gilt für die Unterstellung bzw. Annahme generellen Gewohnheitsrechts [21].

Innerhalb der bestehenden Organisation und Zuständigkeitsordnung gesteht die überwiegende Literatur der Exekutive das Recht zu, neue Behörden bzw. nicht rechtsfähige öffentliche Einrichtungen zu errichten und deren Zuständigkeitsbereiche abzugrenzen [22]. Die Berechtigung ist vergleichbar mit der Beschaffungsmaßnahme für funktionelle, sachliche und persönliche Mittel. Wer aber diesen Bereich als echtes Verwaltungsinternum (Innenbereich) bezeichnet [23], darf sich nicht wundern, wenn andere [24] entgegenhalten, daß z. B. die Neuerrichtung einer Schule kein verwaltungsinterner Vorgang sei, sondern (mittelbare [25]) Auswirkungen auf den einzelnen haben kann, weshalb sie einer "gesetzlichen Ermächtigung" bedürfe. Das Begriffspaar Innen- und Außenverhältnis eignet sich aber nicht zur Abgrenzung des Vorbehaltsbereichs, wie dies bereits oben bei Kapitel V 11. ausgeführt wurde. Anders sieht es dagegen bei dem Schulbeispiel hinsichtlich der Betroffenheit und finanziellen Auswirkung für den einzelnen

---

19 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 97, insbesondere Anmerkung 33, für den in der Praxis eine derartige Fallgestaltung schlecht denkbar ist; anderer Ansicht ohne nähere Begründung Hamann, Organisationsgewalt S. 3

20 So aber Triepel S. 105

21 Anderer Ansicht Kopp, Verwaltungsbehörden S. 269

22 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 266; Oppermann, Grundsätze S. C 58; anderer Ansicht Pieske S. 675

23 Oppermann, Grundsätze S. C 58

24 Pieske S. 675

25 Mittelbar deshalb, weil erst mit der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit durch die Schüler die unmittelbaren Außenwirkungen bestehen.

aus [26]. Müßten aber die Landesparlamente die Benutzung - einschließlich die Auslastung und Einteilung der Bezirke - einer jeden Schule festlegen, wären sie sicherlich überfordert. So bedürfen z. B. die Schulträger (dies sind zumeist die Kommunen) bei der Einteilung der Schulbezirke (vergleiche z. B. § 25 baden-württembergisches Schulgesetz) zwecks einer möglichst für alle Beteiligten (Schüler, Schulträger, Lehrer) günstigen Belegung einer großen Flexibilität, die ihnen eine Rechtsnorm nicht bieten kann, während die Schulbauten sich als eine (vorbehaltsfreie) Beschaffungsmaßnahme der Schulträger (bei den Kommunen mit Unterstützung des Landes) darstellen.

Nicht anders ist die rechtliche Situation bei der Aufhebung einer Behörde bzw. öffentlichen Einrichtung zu beurteilen [27].

Für Verwaltungseinrichtungen des Bundes, die zum Vollzug eines Bundesgesetzes notwendig sind, enthält Artikel 87 Grundgesetz einen lückenlosen Vorbehalt [28]. In den meisten Landesverfassungen befinden sich ähnliche institutionelle Vorbehalte für die staatlichen Einrichtungen der Länder [29]. Die auf unterer Ebene vergleichbaren Kommunalordnungen treffen dagegen nur Aussagen zu den Befugnissen der Vertretungsorgane [30], nicht jedoch hinsichtlich der Rechtsform ihrer Entscheidungen. Für sie gelten die oben dargelegten Grundsätze: Bei rechtsfähigen Verwaltungseinheiten (des öffentlichen Rechts) bedarf es prinzipiell einer Satzung [31], ansonsten genügt eine formelle Entscheidung der betreffenden Vertretungsorgane [32].

---

26 Vergleiche Kapitel V 8. und 18.
27 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 506; Kopp, Verwaltungsbehörden S. 267 f; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG S. 266, 271 und 277; Pieske S. 675
28 Köttgen, Organisationsgewalt S. 173
29 Vergleiche Böckenförde, Organisationsgewalt S. 100, insbesondere Anmerkung 41
30 Insbesonder in den Aufzählungen dessen, worüber beschließende Ausschüsse nicht entscheiden können.
31 Triepel S. 105; ähnlich Böckenförde, Organisationsgewalt S. 96
32 Seeger/Wunsch S. 97, die aber selbst nicht auf das Problem der Rechtsfähigkeit neuer Einrichtungen eingehen.

2. Delegation und Vertretungsregeln

Die Delegation von Hoheitsbefugnissen auf andere Verwaltungsträger stellt, wie bereits in dem vorangegangenen Titel ausgeführt, eine Zuständigkeitsänderung dar und bedarf somit einer Rechtsnorm. Im Gegensatz dazu obliegen die Gliederung der Behörde und die Aufgabenverteilung innerhalb einer Behörde dem Verwaltungsleiter, soweit keine gesetzlichen Regelungen vorhanden sind. Werden aber einem Verwaltungsleiter verschiedene Behörden zugeordnet, wie das bei den Ländern und dem Bund der Fall ist, gestaltet sich die Situation erheblich schwieriger:

Nach der Wesentlichkeitstheorie ist die Bedeutung der Delegation für das Rechtsleben entscheidend. Überwiegend werden dieselben Argumente wie bei den Zuständigkeitsbestimmungen genannt: Die Delegation beinhalte zwar einen innerdienstlichen Befehl an die nachgeordnete Behörde, die aber gleichzeitig in den Rechtskreis des Bürgers eingreife und die Zuständigkeitsordnung ändere [33]. In einem Rechtsstaat müsse jedermann wissen, welche Behörde ihn berechtige oder verpflichte, hänge doch die Rechtmäßigkeit des Aktes nicht zuletzt davon ab, welche Stelle gehandelt habe [34]. Ein angerufener Richter müsse zur Nachprüfung der Zuständigkeitsverteilung zweifelsfrei unterrichtet sein [35]. - Aus diesen Erwägungen heraus erfordert die Delegation (einschließlich der Subdelegation) von Befugnissen - unabhängig von bereits bestehenden Normen [36] - grundsätzlich ein Gesetz im materiellen Sinne [37]. Ausnahmsweise ist eine solche Bestimmung durch Verwaltungsvorschrift möglich, wenn eine Rechtsnorm hierzu ermächtigt [38]. Von der Annahme einer stillschweigenden Dele-

---

33 Obermayer, Hoheitsbefugnisse S. 626; vergleiche zur Änderung der Zuständigkeitsordnung außerdem Friedrich Klein S. 72

34 Obermayer, Hoheitsbefugnisse S. 626; Spanner, Anm. zu BVerwG S. 342

35 Obermayer, Hoheitsbefugnisse S. 626; Spanner, Anm. zu BVerwG S. 342

36 Darauf abstellend Rasch, Zuständigkeiten S. 338

37 Jesch, Anm. zu BVerwG S. 367; Friedrich Klein S. 72; Obermayer, Hoheitsbefugnisse S. 626

38 BVerwG JZ 1963, 365 = DVBl 1962, 370, 373; zu weitgehend dagegen Spanner, Anm. zu BVerwG S. 342, dem bereits die

gation [39] ist schon wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes Abstand zu nehmen." - Das Ergebnis dieser Erörterung kann zwangsläufig kaum anders aussehen als das der Zuständigkeitsbestimmungen, zu denen auch die Delegationen gezählt werden dürfen [40]. Innerhalb der allgemeinen Verwaltung kommunaler Träger sind zwar Gliederungen in Abteilungen vorhanden, aber kein den Ländern und dem Bund vergleichbarer Behördenaufbau, für deren Zuständigkeiten kein derartiges Publizitätsinteresse besteht, bzw. die sich nicht in gleicher Weise bei der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes auswirken. In einigen Fällen verlangen die Gemeinde- und Landkreisordnungen der Länder dennoch einen formlosen Beschluß der kommunalen Vertretungsorgane (als Exekutivorgane) oder bei dauerhaften Aufgabenübertragungen kommunaler Vertretungsorgane auf den jeweiligen Verwaltungsleiter gar eine Satzungsregelung. Wenn dagegen die Kommunen ihre rechtsfähigen öffentlichen Einrichtungen mit Hoheitsbefugnissen ausstatten (bzw. auf diese delegieren), ist eine Satzungsregelung notwendig [41].

Die Vertretungsbefugnis galt noch lange Zeit als ein Rest der klassischen Organisationsgewalt des Verwaltungsleiters, obwohl man sie für eine eminente Frage der staatlichen Machtverteilung und Machtausübung hielt [42]. Heute ist die Bedeutung der rechtsgeschäftlichen und prozeßrechtlichen Vertretung öffentlicher Verwaltungsträger allgemein anerkannt, die ohne normative Festlegung z. B. keinen ordnungsgemäßen Zahlungsverkehr betreiben könnten [43]. Die entsprechenden Regelungen befinden sich in den einschlägigen Normen. Das Bedürfnis besteht ebenso für rechtsfähige öffentliche Einrichtungen.

---

gesetzliche Einräumung einer Delegation zum Erlaß von Verwaltungsverordnungen genügt. Letztlich würden sie dann materielles Recht ändern, was gegen den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes spricht (in diesem Sinne auch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts).

39 So aber Triepel S. 105

40 Auf oben 1. wird verwiesen.

41 Vergleiche vorstehend 1.

42 Ermacora S. 214 f

43 BGH NJW 1962, 704, 705

3. Öffnungs- bzw. Besuchszeiten

Gegen die Einbeziehung der Öffnungszeiten in den Vorbehaltsbereich werden einige Argumente angeführt, die bereits im Zusammenhang mit der Erweiterung des Vorbehaltsbereichs benannt wurden (und zwar zum Teil auch nach der Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts [44] zur Wesentlichkeitstheorie [45]): Vorschriften über die Amtsstunden und die Abwicklung des Parteiverkehrs würden nur innerhalb der öffentlichen Gewalt Rechte und Pflichten erzeugen, ohne unmittelbare Außenwirkungen auf den Rechtskreis des Staatsbürgers zu besitzen [46]. Grundlegende Fragen, die nach außen wirken und andererseits jeweils den Dienstnehmer berühren, müßten vorderhand der Organisationsgewalt der Verwaltung überlassen bleiben [47]. Die organisatorische Elastizität eines modernen Staatswesens ginge verloren, wenn man die in der Organisationsgewalt liegende Befugnis der Selbstgestaltung nehme [48]. Die Tradition der deutschen Verwaltung spreche gegen die Annahme eines Vorbehalts [49]. - Zu diesen Problembereichen der Außenwirkung, der Unmittelbarkeit, der Elastizität, der historischen Auslegung und der Organisationsgewalt wurde bei der Erörterung der Wesentlichkeitstheorie entweder differenzierend oder ablehnend Stellung genommen [50]. Derartige allgemeine Aussagen können keine Lösung zu dem anstehenden Fragenkomplex (der Öffnungs- und Besuchszeiten) bringen.

Daneben wird gegen die Annahme eines Vorbehalts angeführt, das Interesse des Bürgers an den Öffnungszeiten sei lediglich

---

44 BVerfGE 33,1ff vom 14.3.1972 ("Strafgefangenen"-Urteil)

45 Unabhängig davon, ab wann die Gedanken in der Literatur zeitlich erwähnt wurden, besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß sie in irgend einer Form in Einzelfällen herangezogen werden, weshalb sie hier zu erwähnen sind. Andererseits ist aber nicht auszuschließen, daß solche Gedanken bzw. Thesen hilfreich für praktische Lösungen (z. B. als Abgrenzung) in Einzelfällen sein können.

46 Böckenförde, Organisationsgewalt S. 94 Anm. 17; Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 437; Obermayer, Vorbehalt des Gesetzes S. 356

47 Ermacora S. 215

48 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 437 (1973); BVerwGE 47,201, 206 vom 15.11.1974

49 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 437 (1973)

50 Vergleiche Kapitel V 11., 12. und 20. sowie Kapitel VII

ein tatsächliches und kein rechtliches, weil es an einer normativen Garantie fehle, die erst eine entsprechende Regelung geben könne [51]. Der Rechtskreis des Bürgers werde nicht unmittelbar berührt, sondern es lägen nur Auswirkungen tatsächlicher Art vor [52]. Das Demokratiegebot sei begrenzt durch die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und deren organisatorischen Ordnungsrahmen, wie z. B., daß man eine beschränkte, aber ausreichende Sprechzeit hinnehmen müsse [53]. - Die Unterscheidungen rechtliches und tatsächliches Interesse sowie unmittelbare und mittelbare Auswirkungen sprechen die in Kapitel V genannten Elemente der Wesentlichkeitstheorie an, nämlich den (rechtsstaatlichen) Grundrechtsbezug sowie das Unmittelbarkeitsmerkmal, berücksichtigen aber einerseits nicht, daß mittelbare Auswirkungen alleine den Grundrechtsbezug nicht verneinen, andererseits neben rechtsstaatlichen auch demokratische Einflüsse zur Annahme eines Vorbehalts führen können. Außerdem wird mit der Feststellung eines lediglich tatsächlichen Interesses das Ergebnis einer schwierigen und umfangreichen Untersuchung hinsichtlich eventueller gegebener rechtlicher Interessen vorweggenommen. - Der Einwand der Funktionsfähigkeit der Verwaltung und des Ordnungsrahmens als Begrenzung ist nicht neu. Mit ihnen wurde der klassische Eingriffsvorbehalt durch die Figur der Organisationsgewalt eingeschränkt. Dieses nunmehr auf das Demokratieprinzip als einen Aspekt des Vorbehaltsgrundsatzes zu beziehen, erscheint schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil in einem demokratischen Staatswesen und unter Einbeziehung der Wesentlichkeitslehre das Volk, repräsentiert durch das Parlament bzw. die kommunalen Repräsentativorgane, selbst durch Mehrheitsbeschluß über den wesentlichen Ordnungsrahmen und die Art seiner Verwaltung einschließlich deren Funktionen entscheidet. Auch diese Erwägungen führen letztlich zu keinem akzeptablen Ergebnis.

Die Frage der Öffnungszeiten (Beginn, Ende) kann im Extremfall auch die Frage sein, ob überhaupt ein tatsächlicher Be-

---

51 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 437 (1973)
52 Böckenförde, Verwaltungsrecht S. 94 Anm. 17 (1973)
53 Haak S. 138

trieb (Offenhaltung) einer Einrichtung stattfinden soll. In der bisherigen Literatur wird fast einhellig angenommen, daß trotz eines bestehenden Zulassungsanspruches kein Recht auf Offenhaltung (tatsächlicher Betrieb) [54] oder Beibehaltung [55] einer öffentlichen Einrichtung bestehe, denn Einrichtungen, die sich nicht mehr als ausreichend erweisen würden, sollten nicht mehr betrieben werden [56]. Diese Meinung steht ebenso wie die Organisationsgewalt unter dem Einfluß der von dem Ermessen der Verwaltung zu beurteilenden Funktionsfähigkeit öffentlicher Einrichtungen, das gerichtlich nur sehr begrenzt nachprüfbar ist. Unberücksichtigt bleibt bei dieser Ansicht dagegen das demokratische Element der Vorbehaltslehre, das sich nicht an der Funktionsfähigkeit orientiert, sondern allgemein an der Bedeutung der Entscheidung. Die Gemeinde- und Landkreisordnungen der Bundesländer [57] verlangen allerdings für eine dauerhafte Aufhebung einer öffentlichen Einrichtung einen ("formlosen") Beschluß des kommunalen Vertretungsorganes. - Der ursprüngliche Grund für das Fehlen eines Anspruches auf Offenhaltung oder Beibehaltung einer öffentlichen Einrichtung wurde im Autonomierecht der Kommunen gesehen, denn zum Nachteil der Gemeinschaft könnten dem einzelnen keine immerwährenden Rechte zugestanden werden [58]. Die Frage, wem (welches Organ) eine solche Entscheidung über die Offenhaltung oder Beibehaltung obliegt, ist damit nicht beantwortet. - Trotz der Sachnähe zum angestellten Vergleich bieten die dargelegten Gründe keine durchgreifenden Argumente für das anstehende Problem eines eventuellen Vorbehalts bezüglich der Öffnungszeiten.

Auf dem Sektor Zeitbestimmung in der Literatur heftig diskutiert ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Fünf-Tage-Woche der Schulen [59], deren Einführung keine wesentliche Regelung des Schulverhältnisses sei. Es würde sich nur um eine schulorganisatorische Regelung handeln, zu

---

54 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 III c S. 387
55 Kunze § 10 GO RNr. 14 S. 10; Seeger/Wunsch S. 97
56 Kunze § 10 GO RNr. 14 S. 10
57 Vergleiche z. B. § 39 Abs. 2 Ziffer 1 baden-württembergische Gemeindeordnung; § 34 Abs. 2 Ziffer 9 baden-württembergische Landkreisordnung
58 Pr. OVG 24,87 vom 14.2.1902; 80,47,49 vom 26.1.1926
59 BVerwGE 47,201

der die Exekutive befugt sei [60]. Im Verhältnis zu den Vorteilen bringe die Regelung nur geringe Nachteile [61]. Ihre Rechtfertigung finde sie in der erforderlichen Flexibilität des Schulrechts [62]. Die Literatur hat die Entscheidung zu Recht überwiegend kritisch beurteilt [63]. Organisatorische Maßnahmen können, wie in Kapitel V 11. aufgezeigt, ebenfalls grundlegenden Charakter aufweisen [64]. Das Gericht unterschätzt die Bedeutung bzw. Auswirkungen der Verteilung des Unterrichts von 6 auf 5 Wochentage [65] bzw. den im Vorbehaltsprinzip enthaltenen demokratischen Bestandteil einer legislativen Regelung bei wesentlichen Angelegenheiten des Gemeinschaftslebens. Es entspricht selbst nicht dem rechtsstaatlichen Vorbehaltselement, eventuelle Nachteile in Beziehung zu möglichen Vorteilen zu setzen [66]. Die genannte erforderliche Flexibilität (des Schulwesens) ist kein Grund, der gegen den Vorbehaltsbereich spricht, sondern dies wirkt sich bei dem Grad der Bestimmtheit eines eventuellen Vorbehalts aus [67]. Dagegen hätte dem Gericht die für damals ungewöhnliche Regelung zu denken geben müssen, ob sie gerade deshalb der Publizität eines normativen Verfahrens bedurfte [68]. Diese Erörterungen lassen es angebracht erscheinen, die Einführung einer Fünf-Tage-Woche zu normieren. Sie aber undifferenziert auf die jeweiligen Öffnungszeiten übertragen zu wollen, würde der besonderen Bedeutung des Schulwesens nicht gerecht. Seine Stellung wird z. B. geprägt durch die für weite Teile des Schulwesens bestehende Schulpflicht, den persönlichen Erscheinungszwang, die Ansprüche gegen den Staat - insbesondere aus Artikel 6 und Artikel 12 Grundgesetz, den materiellen Einfluß der Schulbildung auf die spätere Lebensstellung des einzelnen, die in der Schule

---

60 BVerwGE 47,201,205 - zustimmend: Dietze S. 394
61 BVerwGE 47,201,206
62 BVerwGE 47,201,206
63 Zustimmend Dietze S. 394; ablehnend vergleiche Anmerkungen 64 und 65 sowie Erichsen, Vorbehalt S. 101; einschränkend Oppermann, Grundsätze S. C 55, für den es kein Parlamentsgesetz bedurfte, dagegen mindestens eine Rechtsverordnung auf gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage.
64 Bosse S. 351
65 Niehues S. M 53; Pieske S. 675
66 Vergleiche Kapitel IV 17.
67 Vergleiche Kapitel V 20.
68 Vergleiche Kapitel V 19.; anderer Ansicht Dietze S. 394

herrschenden Zwangsverhältnisse, die in der Gesellschaft anzuerkennenden (ideellen) schulischen Leistungen, möglichst Chancengleichheit für alle Gesellschaftsgruppen zu gewähren.

Die bekanntesten "Zeitgesetze", die für die Gestaltung des Wirtschaftslebens erhebliche Bedeutung besitzen, sind das Ladenschlußgesetz und die Sperrzeitregelung des Gaststättengesetzes (§ 18 in Verbindung mit landesrechtlichen Bestimmungen). Eventuell ermöglichen Elemente dieser Regelungen, einen Beitrag zu dem anstehenden Problem der Öffnungs- bzw. Besuchszeiten öffentlicher Einrichtungen zu liefern. Primär sollen sie die Wettbewerbsfähigkeit der kleineren gegenüber den größeren Anbietern sichern und dem Schutze der dort tätigen Arbeitnehmer dienen; bei der Sperrzeitregelung ist zusätzlich der Schutz des Wohnumfeldes mit einbezogen. Der Verbraucherschutz spielt dagegen bei diesen Bestimmungen keine erhebliche Rolle, während er bei den Öffnungszeiten öffentlicher Einrichtungen im Vordergrund steht. Auch sind die beabsichtigten Folgen der Regelungen unterschiedlicher Art; das Ladenschlußgesetz und die Sperrzeitregelung geben dem Anbieter nach freier Wahl die Möglichkeit, innerhalb einer bestimmten Zeit sein(e) Geschäft(e) offen zu halten. Die Öffnungszeiten öffentlicher Einrichtungen sollen dagegen nicht variabel gestaltet werden, denn ein Besucherschutz ist nur gegeben, wenn sich der Bürger verlassen kann, daß die (zumeist monopolbetriebenen) öffentlichen Einrichtungen zu bestimmten (im voraus feststehenden) Zeiten geöffnet sind. - Ein erheblicher Unterschied, der sich in den Interessen der Öffnungszeiten widerspiegelt, liegt für den Besucher in der Person des Anbieters. Regelmäßig stehen die "privaten Anbieter" in einem Konkurrenzverhältnis zueinander und müssen um "Besucher" werben, während die "öffentlichen Anbieter" ihren Besuchern in der Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt gegenübertreten und häufig eine Monopolstellung besitzen. Der Verbraucher muß sich daher grundsätzlich bei den werbenden "privaten Anbietern" nicht um eine akzeptable Öffnungszeit sorgen, anders dagegen bei den mit großer Machtfülle ausgestatteten, häufig monopolbetriebenen "öffentlichen Anbietern". - Der Unterschied zwischen den Ladenschluß- und Sperrzeitregelungen , die von Zeit zu Zeit öffentlicher Diskussionen unterliegen, sowie der Öffnungs-

zeiten öffentlicher Einrichtungen ist derart erheblich, daß sich eine Lösung zum vorliegenden Problem der Öffnungszeiten öffentlicher Einrichtungen nicht anbietet.

Aktualität besaß die Zeit früher nur für den Staat zur Einteilung seiner Bediensteten im Rahmen seiner Organisationsgewalt. Heute wird der Freizeit der Gewaltunterworfenen große Bedeutung zugemessen. Die sogenannte Freizeitindustrie blüht. Vertane Freizeit wird als zivilrechtlicher Schaden anerkannt. Der Freizeit des Bürgers kommt erhebliche sozialgestaltende Wirkung zu. Mit den Öffnungszeiten seiner Einrichtungen übt der Staat Einfluß darauf aus. Die Einrichtungen und ihre zeitliche Benutzungsmöglichkeit können z. B. auch bedeutend sein für das Berufsleben, die Gesundheit, die kulturelle Bildung und die Sicherung oder Ermöglichung eines angemessenen bzw. menschenwürdigen Lebensstandards. Aus diesem Grunde erscheint es heute in einer Zeit, - wo für den einzelnen in der Regel die menschlichen Grundbedürfnisse nicht mehr gefährdet sind, der Wunsch nach ideellen Werten sowie der staatlichen Angebote dazu ebenso wächst wie die Freizeit, - nicht mehr gerechtfertigt, allgemein die Nutzungsmöglichkeiten öffentlicher Einrichtungen als unbedeutend anzusehen und deshalb dem Vorbehalt einer Normierung zu entziehen. Der zeitliche Aspekt ist aber je nach Materie sehr unterschiedlich einzuschätzen.

Angelegenheiten, die der Bürger mittels Telefon oder Schriftverkehr erledigen kann, die für ihn persönlich oder einen Beauftragten also nicht in besonderer Weise zeit- und ortsgebunden sind, wird hinsichtlich der Dienststunden keine sozialgestaltende bzw. erhebliche Wirkung beigemessen. Solche Tätigkeiten kann jedermann ohne besondere Einschränkung vornehmen. Einrichtungen, die nur auf kurzfristige Dauer angelegt sind (z. B. die Durchführungen von Großveranstaltungen wirtschaftlicher, kultureller, sportlicher oder politischer Art, wie etwa die im jährlichen Wechsel von einer Gemeinde durchzuführende Landesgartenschau als "kommunale Veranstaltung"), darf ebenfalls regelmäßig kein sozialgestaltender Charakter bezüglich der Öffnungszeiten zugesprochen werden. Bei diesen Einrichtungen kann die Verwaltung die Öffnungszeiten weiterhin selbständig festlegen.

Welche Bereiche nun unter den Vorbehalt fallen, läßt sich am ehesten anhand der in Kapitel V erwähnten Abgrenzungsanzeichen ermitteln. Die Nutzungsmöglichkeiten durch Öffnungszeiten sind bei solchen Materien besonders hoch einzuschätzen, wo die Träger der Einrichtungen eine faktische Monopolstellung besitzen, in aktuellem Zusammenhang mit der Verwirklichung von Grundrechten stehen und Ausweichmöglichkeiten allgemein als beschwerlich empfunden werden. Typisches Beispiel dafür ist die Universitätsbibliothek. Unter diesem Aspekt sind auf kommunaler Ebene insbesondere die Friedhöfe zu erwähnen. Der regelmäßige Besuch verstorbener liebgewonnener Angehöriger ist besonders älteren oder berufstätigen Menschen in der näheren Umgebung nur zu bestimmten Tageszeiten möglich, der z. B. abhängig ist von den (öffentlichen) Verkehrsmitteln, der Tageszeit - insbesondere in den kurzen Wintertagen (wegen eventueller Kriminalität oder Unfallgefahr bei älteren Menschen während der Dämmerung) oder von den üblichen Berufszeiten. Die "Besuchsmöglichkeit Verstorbener" ist nicht nur ein Teil einer allgemeinen Freizügigkeit, sondern mit ihr verbindet sich auch eine ungestörte Religionsausübung, wozu auch die körperliche Anteilnahme auf dem Friedhof als eine Art der Verbundenheit über den Tod hinaus gehört. Nicht ins Gewicht fallen die gesundheitlichen Gründe, wie der Erholungswert von Friedhöfen, den der einzelne noch an anderen Orten finden kann, oder die ordnungsgemäße Beseitigung von Toten, die der Allgemeinheit (insbesonder der Volksgesundheit) zugute kommen soll. Die aktuelle Bedeutung für eine satzungsrechtliche Bestimmung der Öffnungszeiten bei Friedhöfen ist also - unabhängig von gewerblichen Interessen - groß.

Eine für die Gesellschaft beachtenswerte Stellung nehmen auch kommunale Bäder ein. Sie besitzen im Gegensatz zu den Friedhöfen zwar keine rechtliche Monopolstellung, aber besonders in ländlichen Gebieten ist die faktische Wirkung nicht viel anders. Auf diese Einrichtungen sind meist Personen angewiesen, die sich aus finanziellen Gründen eine Wohnung mit Bad nicht leisten können. Infolge staatlicher Begünstigung für die Renovierung von Altbauten und durch die Erstellung neuer (Ersatz-)Wohnungen verringert sich dieser Personenkreis ständig, wodurch das Problem an Aktualität

und somit an Bedeutung (als ein Element des "Wesentlichen") verliert. 1986 hätten aber immerhin noch ca 10 % aller Wohnungen kein eigenes Bad [69], womit eine nicht unbeachtliche Minderheit der 61 Millionen Bewohner des Bundesgebietes betroffen ist. Eine "Vollwäsche" (Brause- oder Wannenbad) ist für sie teilweise nur in den öffentlichen Bädern möglich. Die Besuchszeiten sind für den einzelnen von denselben Gründen abhängig, die bereits vorstehend zum Friedhof genannt wurden. Gegenüber dem Friedhofbesuch ist die Angewiesenheit auf einen Bäderbesuch nicht derart erheblich. Die körperliche Gesundheitspflege kann auch ohne Wannen- und Brausebad durchgeführt werden. Nach dem Lebensstandard in unserem Gesellschaftswesen sollte jedem ein solches Bad einmal wöchentlich zugestanden werden - allerdings nicht allein aus gesundheitlichen Gründen, obwohl eine Körperpflege in diesem Umfange selbst nicht in der Regelsatzverordnung zum Bundessozialhilfegesetz vorgesehen ist. Der Problembereich zeigt, daß sozial schwachgestellte Gruppen nicht in der Lage sind, ihre ("Rand"-)Probleme in der Gesellschaft als wichtig zu aktualisieren, zumal sie mehr mit den Ursachen ihrer Stellung als mit deren Auswirkungen zu kämpfen haben. Die Bädereinrichtungen mit ihren Öffnungszeiten besitzen heute außerdem einen hohen Freizeitwert für weite Teile der Bevölkerung. Eine satzungsmäßige Regelung der täglichen Nutzungsmöglichkeiten wäre daher aus demokratischen Gründen wünschenswert. Sie gar in den Vorbehaltsbereich einzureihen, erscheint aus heutiger Sicht etwas zu gewagt. - Sollte es sich zudem noch um Kurbäder handeln, auf die weite Teile der Bevölkerung wegen des gesundheitlichen Wertes angewiesen sind, muß ebenso wie bei den Friedhöfen eine "Öffnungszeit"-Satzung gefordert werden; auf sie treffen die eingangs genannten Gesichtspunkte Monopolstellung, intensiver Grundrechtsbezug und unzureichende Ausweichmöglichkeit zu. Aus Gründen der Flexibilität muß aber der Verwaltung zugestanden werden, kurzzeitig umständebedingt davon abweichen zu können, wie z. B. bei Renovierungsarbeiten, zur Vorbereitung

---

69 Heilbronner Stimme, Seite 6 vom 29. 7. 1986 - nach dem Bericht von Wolfgang Bunse sei die Modernisierung bestehender Gebäude ein Stabilitätsfaktor für die krisengeschüttelte Bauwirtschaft und das "Zauberwort der Bonner Regierung".

von Veranstaltungen, wegen jahres- bzw. witterungsbedingter Totalschließung.

Zu nennen sind in diesem Bereich noch die Obdachlosenunterkünfte, Waisen-, Alters- und Jugendheime. Nur während der "Öffnungszeiten" genießen die Benutzer in ihren (Einrichtungs-)"Wohnungen" die für die Sozialkontakte so wichtige allgemeine Bewegungsfreiheit, eines der höchsten Güter menschlicher Gesellschaften. Die Einschränkungen durch die "Öffnungszeiten" sind zwar meist aus gesundheitlichen (z. B. Nachtruhe), erzieherischen (z. B. bei Jugendlichen), funktionellen (z. B. wegen der Einteilung vorhandener Bediensteter einer Einrichtung) oder sonstigen (z. B. geordnetes und möglichst störungsfreies Zusammenleben) Gründen angebracht, jedoch zwingt besonders der intensive Grundrechtsbezug neben der im Regelfall bestehenden faktischen Monopolstellung (der Einrichtungen) und fehlenden Ausweichmöglichkeiten (auf andere Einrichtungen gleicher Art) zum Erlaß einer entsprechenden Satzung. Noch stärkere Einschränkungen sind in den Krankenanstalten vorhanden. Ob umfangreiche Besuchsmöglichkeiten der Gesundheit des Patienten dienlich sind, ist unter den Medizinern umstritten. Zumindest sind sie für die Sozialkontakte der Benutzer ebenso bedeutsam wie für die Besucher. Hinsichtlich ihrer fachlichen Kapazität und der Nähe zum allgemeinen Lebensbereich der Patienten bzw. zu der räumlichen Nähe eventueller Besucher besitzen die Krankenanstalten grundsätzlich eine faktische Monopolstellung, obwohl freie Krankenhauswahl und mancherorts Privatkliniken bestehen. Bereits aus der christlichen Lehre ist es in unserer Gesellschaft ein besonderes Bedürfnis, kranke Menschen zu besuchen. Abhängig ist solches von vielerlei Umständen, primär aber von den Besuchszeiten, die auch für den Betrieb der Krankenanstalten angemessen sein müssen. Für ein gesellschaftlich derart wichtiges Problem können in einem demokratischen Staatswesen nur die (kommunalen) Vertretungsorgane eine integrierende Entscheidung fällen. Entscheidungen der Krankenhausverwaltungen bzw. der Ärzte wurden in der Vergangenheit häufig als willkürlich und falsch betrachtet. Es ist also bezüglich des Entscheidungsvorganges und der Publizität eine satzungsrechtliche Bestimmung notwendig. Dies soll aber abweichende Regelungen im Einzelfall

aus medizinischen Gründen durch das Krankenhauspersonal nicht ausschließen.

Faktische Monopolstellungen werden regelmäßig auch den Museen, zoologischen und botanischen Gärten nachgesagt, weil sie nach Art und Ausgestaltung in der näheren und teilweise auch weiteren Umgebung meist ohne "Konkurrenz" sind. Im Vordergrund steht bei ihnen die Bildungsinformation (Artikel 5 Grundgesetz) und die Freizeitgestaltung (Artikel 2 Grundgesetz). Durch ihre überregionale Bedeutung erhöhen sie den Besuchswert (Stichwort Fremdenverkehr) der jeweiligen Kommune. Es ist häufig festzustellen, daß überwiegend ortsfremde Personen, die gezielt derartige Einrichtungen besuchen wollen, vor verschlossenen Türen stehen. Die Enttäuschung und das Unverständnis sind dann groß. Das Mißfallen wird dann dem Träger der Einrichtung angelastet. Bezüglich der Öffnungszeiten bestehen vielfältige und sich widerstrebende Interessen, wie z. B. Fremdenverkehrsförderung, Bildungsinformation, Heimat- und Umweltbewußtsein, Unterhaltungsbedürfnis, Wirtschaftlichkeit und Erhaltungs- bzw. Sicherungsbedürfnis der Einrichtung. Die Bestimmung der Öffnungszeiten ist ein aktuelles Problem, das in einem demokratischen Staatswesen der Publizität des Entscheidungsvorgangs und einer Integration in der Entscheidung selbst bedarf. Die Satzung des Einrichtungsträgers muß daher auch die Öffnungszeiten enthalten, von denen die Verwaltung in Einzelfällen aus wichtigem Grunde abweichen kann.

Die 3 untersuchten Elemente (Monopolstellung, Grundrechtsverwirklichung, Ausweichmöglichkeit) sind ebenfalls in den bibliothekarischen "Leih"-Einrichtungen zu erkennen. Mit ihnen wird nicht nur Informations- und Unterhaltungswert dargeboten, sondern sie sollen außerdem sozial und finanziell schwachgestellten Personen die Chance bieten, aus kultureller und damit aus sozialer Unterprivilegierung herauszukommen. Die Büchereien sind eine von mehreren Möglichkeiten, soziale Unterschiede in der Gesellschaft abzubauen bzw. mehr Chancengleichheit zu gewährleisten. Das zu verwirklichen, ist teilweise von den Öffnungszeiten abhängig, bei denen auch mehrere gegensätzliche Gründe eine Rolle spie-

len. Die aktuelle Bedeutung zwingt ebenso wie vorstehend bei den Museen zu einer Satzungsregelung über die Öffnungszeiten.

Steht eine andere Regelung des Vorbehaltsbereichs in sehr engem und bedeutendem Zusammenhang mit der Öffnungszeit, so müßte diese aus den gleichen Gründen wie die anderweitige Bestimmung einer Rechtsnorm bedürfen. Weshalb davon abgewichen werden sollte, ist nicht zu erkennen. In der Praxis dürften derartige Fallgestaltungen selten sein. Denkbar ist sie z. B. dort, wo die zeitliche Nutzungsmöglichkeit der regelmäßigen Nutzungsdauer entspricht und für diese eine dem Vorbehalt unterliegende entgeltliche Gegenleistung verlangt wird. Die Zeit ist dann der bestimmende Faktor des Entgelts. Wäre die Bestimmung der Öffnungszeit eine Angelegenheit der Verwaltung, würde sie letztlich darüber entscheiden, in welcher Höhe das Niveau der Entgeltlichkeit angesiedelt ist.

Die Öffnungszeiten für Friedhöfe, Kurbäder, Waisen-, Jugend- und Altersheime, Obdachlosenunterkünfte, Krankenanstalten, Museen, zoologische und botanische Gärten sowie Bibliotheken in den Vorbehaltsbereich einzureihen, mag für manchen nach dem früheren Verfassungsverständnis schwerfallen. Wer aber mit der Wesentlichkeitstheorie auch auf dem kommunalen Sektor Ernst macht, wird, wie aufgezeigt, insbesondere die Aktualität, die Intensität, die Grundrechtsverwirklichung, öffentliche und private Interessen, sozialgestaltende Wirkungen sowie das Bedürfnis nach einem integrierenden Interessenausgleich bei den genannten Materien erkennen und berücksichtigen.

4. Zwangsmittel und Sanktionen im allgemeinen

Solange dem besonderen Gewaltverhältnis und der Anstaltsgewalt im Rahmen des Vorbehaltsprinzips eine Sonderstellung zukam, bedurfte es regelmäßig keiner Rechtsnorm, um innerhalb der Zweckbestimmung öffentlicher Einrichtungen Ordnungsbewahrungsmaßnahmen vornehmen zu können [70]. Gefordert

---

70 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 505; Kunze § 10 GO RNr. 18 S. 13; Salzwedel § 44 III S. 425; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV b und VI b S. 393 und 401

wurde teilweise eine (formlose) Anstaltsordnung, damit die Störungsabwehr nicht zu einem Widerspruch in sich selbst werde, indem sie andernfalls Anarchie und Chaos als "Ordnung" setzt [71].

Eine Materie, die den Bürger so intensiv und unmittelbar betrifft, muß nach der Wesentlichkeitstheorie zwangsläufig vom Vorbehaltsbereich erfaßt werden [72], bei der das rechtsstaatliche Element im Vordergrund steht [73]. Schwierig abzustecken ist in diesem Bereich die Grenze zum Unwesentlichen, so z. B. im Schulrecht die Frage, ob bei der geringsten "Ohrfeige des Lehrers", wenn der "Rohrstock in der Ferne sichtbar wird" [74], bei der Erteilung von Strafarbeiten oder der Anordnung des Nachsitzens [75] - sofort an einen Vorbehalt des Gesetzes zu denken ist. Bei den staatlichen Sanktionen sind die Bürger empfindsam, denn sie berühren tatbestandlich meist den Verschuldensbereich und sollen diese in ihren bisherigen Lebenseinstellungen verändern. Mehr oder weniger steht das für das Gemeinschaftsleben so wichtige Rechtsgut der persönlichen Ehre auf dem Spiel. Die Zwangsmittel haben zwar nur für die Verwirklichung der Rechte zu sorgen, mit denen sie aber intensiv und unmittelbar Einfluß auf die Grundrechtsverwirklichung nehmen. Die Betroffenen empfinden solches regelmäßig als ein Übel. Aus dem Verständnis der Wesentlichkeitstheorie heraus sollte man sich daher hüten, allzu schnell von Kleinigkeiten oder Bagatellen zu reden. Wenn aus der Sicht des Bürgers wegen rechtsstaatlicher oder demokratischer Gründe ein Bedürfnis zur Normsetzung zu bejahen ist, dann muß sich der Grad der Betroffenheit und der praktikablen Fähigkeit, den Tatbestand und die Rechtsfolgen festzu-

---

71 Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 505 f; dagegen schreibt Kunze § 10 GO RNr. 18 S. 13 keine Anstaltsordnung vor; differenzierend nach Art der Mittel Seeger/Wunsch S. 101 f; vergleiche auch Dürig, Generalermächtigung S. 72 und Salzwedel § 44 III S. 425

72 Oppermann, Grundsätze S. C 59; BVerfGE 41,251,260

73 Oppermann, Grundsätze S. C 59

74 Beide Maßnahmen gehören wegen ihres (angedrohten) körperlichen Züchtigungsrechts mit historischer Vergangenheit bzw. wegen ihrer innerdienstlichen Unzulässigkeit nach überwiegender Ansicht zum Vorbehaltsbereich - vergleiche Niehues S. M 54; gegen den Vorbehalt Oppermann, Diskussion S. M 116 mit einem Vergleich zu Bildungsinhalten, andere Schlußfolgerung dagegen in Grundsätze S. C 59

75 Gegen ein Rechtsschutzbedürfnis Ule S. 161

legen, im Maß der Bestimmtheit ausdrücken [76]. Im Bereich des Sanktions- und Zwangsmittelwesens wird deshalb Unwesentliches die Ausnahme bleiben. Je bedeutender aber die Maßnahmen innerhalb des Vorbehaltsbereichs sind, um so mehr ist für Klarheit über den Tatbestand, die Dauer, die Rechtsfolgen, die Zuständigkeit und das Verfahren zu sorgen [77]. Lassen sich der Tatbestand und die Rechtsfolgen aus praktischen Gründen nicht mit dem notwendigen Maß der Bestimmtheit erschließen, dann muß um so genauer die Zuständigkeit und das Verfahren festgelegt werden [78].

Zu den gewichtigsten Maßnahmen zählt der Ausschluß aus einer öffentlichen Einrichtung bzw. das Verbot, eine solche zu benutzen. Für sie ist eine normative Regelung unerläßlich [79], die ihrerseits aber nicht unverhältnismäßig sein darf [80]. So besitzt grundsätzlich die Beitreibung rückständiger Entgelte den Vorzug gegenüber dem (zeitweiligen oder dauerhaften) Ausschluß [81]. Der Ausschluß gestaltet sich besonders dort schwierig, wo ein Anschluß- und Benutzungszwang besteht [82].

Noch härter empfunden als die Vorenthaltung hoheitlicher Leistungen werden häufig die Strafsanktionen, die ebenfalls dem Vorbehalt unterliegen. Nach Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz genügen für Kriminalstrafen zwar auch materielle Normen (wie Satzungen und Rechtsverordnungen), aus dem Vorbehalt des Gesetzes ergibt sich aber, daß hierfür nur formelle Gesetze in Frage kommen: Die Kriminalisierung eines bestimmten Verhaltens kann wegen der übergreifenden Wirkung für das Sozialleben nicht z. B. eine Angelegenheit einer Kommune sein [83]. Demgegenüber können die Kommunen Ordnungswidrigkeits-Tatbestände mit der Rechtsfolge, Bußgelder zu erheben, wegen ihres geringeren sozialethischen Gewichts durch Satzungen selbst bestimmen, wenn die Landesgesetzgeber

---

76 Niehues S. M 54; BVerfGE 41,251,260 und 265; anderer Ansicht Pieske S. 675, der nicht auf das Problem der Bestimmtheit eingeht, sondern um eine praktikable Lösung zu erhalten, den Vorbehaltsbereich einzuschränkt.

77 BVerfGE 41,251,260

78 BVerfGE 41,251,265

79 Hansen S. 299; BVerfGE 41,251,259f

80 Kunze § 10 GO RNr. 18 S. 13; Salzwedel § 44 III S. 425

81 Seeger/Wunsch S. 107

82 Salzwedel § 44 III S. 425; Seeger/Wunsch S. 101

83 Schmidt-Aßmann S. 185

die Möglichkeit einräumen, Satzungspflichten unter Zwangsbewehrung zu stellen [84].

Die Einleitung und Durchführung von Zwangsmaßnahmen richten sich für die kommunalen Einrichtungen nach den Vollstrekkungsgesetzen der Länder.

5. Nutzungsregelungen öffentlicher Einrichtungen, insbesondere Rauchverbote, Funktionsstörungen, Zulassungsbestimmungen und Kapazitätsbegrenzungen

Nach der (herabgezonten) Wesentlichkeitstheorie sind die grundsätzlichen Fragen der Nutzung öffentlicher Einrichtungen durch Satzungen festzulegen [85]. Schwierigkeiten, den Vorbehaltsbereich zu ermitteln, bereiten nicht die Hauptnutzungen, die aus dem Zweck der Einrichtung zu ersehen sind, sondern deren Beschränkungen. Im einzelnen:

Der Bedeutung des Rauchens sowie dessen Verbot werden verschiedene Gründe zugemessen. Aus der Sicht des Rauchers findet eine Persönlichkeitsverwirklichung statt [86], der große Teile der Bevölkerung nachgehen. Für die Raucher ist diese Art der für Erwachsenen erlaubten Suchterscheinung [87], abgesehen von den krankheitsbedingten Auswirkungen [88], Teil ihres persönlichen Wohlbefindens [89]. Unabhängig von der finanziellen Belastung für die Gesellschaft (z. B. durch Krankheit, Arbeitsausfall, Höhe der Sozialversicherungsbei-

---

84 Salzwedel § 44 III S. 425; Schmidt-Aßmann S. 185; Seeger/Wunsch S. 101 f und 107

85 Schmidt-Aßmann S. 200

86 Kritisch dazu Suhr S. 170 ff, der es unter anderem als "Selbstherrlichkeit" bezeichnet.

87 Suhr S. 167 und 172; Wischnath, Nichtraucherschutz S. 302 unter Hinweis auf eine Veranstaltung der Deutschen Hauptstelle gegen die Suchtgefahren (DHS) im Jahre 1980.

88 Zur Frage der Gesundheitsschädigung vergleiche die Nachweise bei Ferdinand Schmidt, Thema Passivrauchen S. 79 ff; Schnupp S. 128 ff; VG Würzburg NJW 1981, 243 f; - zur Belastung für den einzelnen und die Gemeinschaft: Suhr S. 171; - ausführlich zu diesen Themen: Ferdinand Schmidt, Rauchen und Passivrauchen S. 97 ff; unter Hinweis auf die Schädlichkeit des Rauchens fordert der Hartmannbund die Politiker immer wieder auf, den Tabakverbrauch mit einem "Gesundheitspfennig" zugunsten der Krankenkassen zu belegen.

89 Zu den Auswirkungen des Wohlbefindens vergleiche Wischnath, Nichtraucherschutz S. 300 f

träge) erhöht das Rauchen dagegen das Krankheitsrisiko und gefährdet das persönliche Wohlbefinden anderer [90]. Speziell der Eigenschaft einer Einrichtung zugeordnet sind auch andere Aspekte gewichtig, wie z. B. das sicherheitsgefährdende Rauchen in einer Holzhalle [91] oder auf der Holztribüne eines Stadions oder in Bibliotheken bzw. der Rauch als zerstörendes Element für Ausstellungsstücke in Museumseinrichtungen oder als Sicht- bzw. Sprachhindernis in (Musik-)Theatern. Zudem ist in den letzten Jahren ein Anstieg des Gesundheits- und Umweltbewußtseins innerhalb der Gesellschaft auch hinsichtlich des Rauchens zu verzeichnen. So werden in den USA [92] (als das "Land der unbegrenzten Möglichkeiten") vermehrt Gesetze erlassen, die Rauchverbote in den Amtsstuben anordnen. In den meisten europäischen Ländern sind Werbeaktionen für den Tabakkonsum entweder stark eingeschränkt oder gar verboten. Auch in der Bundesrepublik sind Rauchverbote vorhanden, z. B. für Kinder und Jugendliche bis 16 Jahren in der Öffentlichkeit, zu bestimmten Jahreszeiten in den Wäldern [93]. In der Rechtsprechung ist nunmehr anerkannt, daß ein Bediensteter ohne Gefahr einer eventuellen Versetzung vom Arbeitgeber verlangen kann, vor Beeinträchtigungen oder ernsthafter Gefährdung seiner Gesundheit durch Tabakrauch geschützt zu werden [94]. Soll für eine öffentliche Einrichtung ein Rauchverbot für die Benützer erlassen werden, so ist die Beschränkung, wie aus den vorerwähnten Gründen zu ersehen, für den einzelnen und die betroffene Gesellschaft derart bedeutsam, daß dies nicht durch eine Verwaltungsvorschrift, sondern nur durch den Erlaß einer (entsprechenden) Rechtsnorm (z. B. die Satzung bei kommunalen Einrichtungen) geschehen kann.

---

90 Franz Klein, Kommentar Art. 2 GG RNr. 22 S. 172; Ferdinand Schmidt, Rauchen und Passivrauchen S. 100 ff

91 Dürig, Zum Problem von Art. 2 GG S. 1395

92 Zu den Aufwendungen der Kontrollen von Rauchverboten und Reaktionen der Bevölkerung gegen Raucher in den USA - vergleiche die Ausführungen bei Schnupp S. 253

93 Außerdem gibt es Verordnungen und Dienstanweisungen - vergleiche Schnupp S. 97 ff, insbesondere S. 101

94 Vergleiche das Urteil des BVerwG AZ: 2 C 33.82 (veröffentlicht in der Heilbronner Stimme am 18. und 25. September 1984); zum Rauchen am Arbeitsplatz vergleiche insbesondere Schnupp S. 97 ff

Bei etlichen der nachfolgend zu erörternden öffentlichen Einrichtungen bestehen seit langer Zeit Rauchverbote oder bei ihren Benützern herrscht schon lange die Einsicht, daß sich ein eventuelles Rauchen störend auf den (oder einen) Einrichtungszweck auswirke. Auch bei diesen Einrichtungen sind die Rauchverbote zu untersuchen, denn auch bei ihnen stellt sich die Frage, wer nach der Vorbehaltslehre (speziell nach der Wesentlichkeitstheorie) rechtmäßig das Rauchverbot erlassen kann, insbesondere im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit eventueller Ordnungsmittel bei Nichteinhaltung des Rauchverbotes, z. B. gegen "krankhaft veranlagte" Raucher, gegen "rauchende Angeber", gegen das "Rauchen als Mutprobe" oder gegen den Slogan "Freier Rauch für freie Bürger" (in den betreffenden Einrichtungen). Ebenso können von diesen Einrichtungen Rückschlüsse auf vergleichbar genutzte Einrichtungen gezogen werden. Wer dagegen bereits im Einrichtungszweck (vergleiche zur Ablehnung Kapitel VII) den Grund und die Ermächtigung eines Rauchverbotes erblickt, und soweit die Rauchverbote üblicherweise vorhanden sind, wird die Rechtmäßigkeit des Verbots weder untersuchen noch in Frage stellen [95].

So stellt sich die Frage, ob der Verwaltungsträger gar verpflichtet ist, für bestimmte Einrichtungen ein Rauchverbot zu erlassen. Soweit mit der Benutzung ohne Rauchverbot ein erhöhtes Gesundheitsrisiko bzw. Unwohlbefindensrisiko verbunden ist, wurde dies bereits von der Literatur wegen Artikel 2 Absatz 2 Grundgesetz für die Vorlesungsräume bejaht [96]. Vergleichbar intensiv mit dem Rauch kommen die Benutzer in folgenden zumeist kommunalbetriebenen öffentlichen Ein-

---

95 So aber wohl Lange S. 182

96 Franz Klein, Kommentar Art. 2 GG RNr. 22 S. 172 mit weiteren Nachweisen; anderer Ansicht Willi Thieme S. 249 ff; Nachweise zu verschiedenen Meinungen bei Schnupp S. 97 ff; zutreffend auf Artikel 2 Absatz 1 Grundgesetz verweisend und bejahend: Suhr S. 173 f und Wischnath, Rauchverbot S. 95 f; als Körperverletzung einstufend: Ferdinand Schmidt, Rauchen und Passivrauchen S. 101 und 104 sowie zum Persönlichkeitsrecht S. 122, der in bemerkenswerter Weise offenlegt, wie erfolgreich industrielle Kreise versuchen, wissenschaftliche Ergebnisse hinsichtlich schädlicher Wirkungen - insbesondere für Nichtraucher - in der öffentlichen Meinung zu verfälschen bzw. zu manipulieren (insbesondere auf S. 123 ff); sowohl Artikel 2 Absatz 1 als auch Absatz 2 Grundgesetz bejahend: VG Würzburg NJW 1981, 243 f

richtungen in Berührung: Bibliotheken, Theater, Kranken- und Kurhäuser, Jugend- und Altersheime, Obdachlosenunterkünfte, Kindergärten, Luftschutzanlagen, Volkshochschulen und die Beförderungsmittel der Verkehrsbetriebe, soweit eine Trennung von Rauchern und Nichtrauchern unmöglich ist (z. B. in Omnibussen) [97]. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß rauchempfindliche Personen die Einrichtungen nicht benützen müssen, denn solches würde praktisch weite Teile der Bevölkerung trotz verbriefter Rechtsansprüche in den Kommunalordnungen auf Zulassung zu den öffentlichen Einrichtungen oder gar die mögliche Ausübung von (einrichtungsbezogenen) Grundrechten von diesen (durch die gesellschaftsfähige Suchtkrankheit "Rauchen" anderer) ausschließen, bzw. das Gleichheitsgebot wäre ohne sachlich gerechtfertigten Grund verletzt [98]. Funktionsstörungen sind dabei noch nicht einmal berücksichtigt (z. B. für das Musiktheater). Ausgenommen hiervon sind Durchgangsräume [99] und speziell zugelassene Räumlichkeiten für Raucher, die andere Personen nicht wesentlich beeinträchtigen.

Soweit man sich gegenwärtig zur Ausweitung des Rauchverbotes umhört, ergibt sich folgendes Bild: Obwohl in etlichen der im vorangehenden Absatz genannten Einrichtungen regelmäßig Rauchverbote bestehen, und die Mehrheit der Bevölkerung diese Verbote dort als sinnvoll oder gar als notwendig erachtet, ist es ein besonderes und vorrangiges Anliegen der Nichtrauchervereine, daß diese Verbote auch beachtet werden, was leider vielfach nicht geschieht, weil die Verbote in der Regel nicht (oder nur geringfügig) sanktioniert sind;

---

97 Vergleiche insbesondere Schnupp S. 269 f; für Sportstätten in Gebäuden ist gleiches wegen regelmäßig besserer Luftverhältnisse infolge größerer "lichten Höhe" häufig nicht anzunehmen (soweit es sich nicht um Besucher einer Massenveranstaltung eines Benutzers handelt, zu dem der Bürger aber keinen grundrechtlichen oder kommunalen Zulassungsanspruch besitzt). Für ein prinzipielles Rauchverbot bei diesen Einrichtungen wegen Artikel 2 Absatz 1 und 2 Grundgesetz ist das VG Würzburg NJW 1981, 243, 244; anderer Ansicht OVG Münster NJW 1981, 244 ff, dessen Urteil aber durch das BVerwG aufgehoben wurde (vergleiche oben Anmerkung 94)

98 Zum Gleichheitsgebot: Wischnath, Nichtraucherschutz S. 299 und 302

99 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 II d S. 384

etliche Raucher handeln nach dem Slogan "Freier Rauch für freie Bürger" [100]. Für manchen Überraschend, werden hierzu folgende Einrichtungen genannt: Schulen, Kindergärten (dort bezieht sich das Rauchen auf die Eltern und die Bediensteten der Kindergärten), Krankenhäuser und die öffentlichen Verkehrsmittel (im Nichtraucherbereich), wobei insbesondere die (Untergrund-)Bahnhöfe genannt werden. - Nachdem derzeit eine von der Tabakindustrie beklagte "Nichtraucherwelle" besteht, und in Zeiten eines Bundestagswahlkampfes (so insbesondere zum Wahltermin 25. Januar 1987) sich die Kandidaten dahingehend äußern, daß folgendes Grundprinzip angestrebt werde: Die Regel sei in der Öffentlichkeit das Nichtrauchen, das Rauchen dagegen die Ausnahme. Für die nächste Legislaturperiode könne sich ein bundesweites Rauchverbot für Bahnhöfe, Schulen und Kindergärten verwirklichen lassen. Gegenüber den Bekundungen der Politiker sind die Nichtrauchervereine skeptisch, denn solche gebe es jeweils vor Bundestagswahlen, ohne daß sich nach den Wahlen wesentliches geändert hätte. - Bei diesen vorrangig genannten Einrichtungen stehen - ebenso wie im vorangehenden Absatz - die gesundheitlichen Gründe im Vordergrund. Soweit die Haltestellen bzw. Bahnhöfe der öffentlichen Verkehrseinrichtungen zur Diskussion stehen, ist auch die für die Wesentlichkeitstheorie wichtige Aktualität, nämlich vorwiegend die Umstrukturierung des Individualverkehrs zu den öffentlichen Transportmitteln aus Gründen des Umweltschutzes und der Kosten im Straßenbau bzw. der öffentlichen Verkehrs- und Transporteinrichtungen, von Bedeutung. - Ansonsten werden derzeit von den Nichtraucherverbänden "raucherfreie Zonen" am Arbeitsplatz, in Gaststätten und Hotels sowie in öffentlichen Einrichtungen gefordert [101].

In erheblicher Weise ist die Gesundheit bei feuergefährdeten ("Holz"-)Einrichtungen bedroht. Deutlich und aktuell wurde

---

100 Dieser Slogan hat der Sozialminister Norbert Blüm im Jahre 1984 geprägt - vergleiche den Bericht des AP in der Heilbronner Stimme vom 15. November 1986 auf Seite 5.

101 Vergleiche den Bericht des AP in der Heilbronner Stimme vom 15. November 1986 auf Seite 5.

dies 1985 durch die Todesopfer bei Holztribünenbränden in den englischen Fußballstadien, was zu verschärften Kontrollen und Rauchverboten auch in der Bundesrepublik Anlaß gab. Ein Rauchverbot durch Rechtsnorm ist dort unverzichtbar. - Ähnliche Erwägungen erscheinen bei Museen oder deren Teilen angebracht, die langfristig unersetzbare, bedeutende Kulturgüter beherbergen, die durch das Rauchen in Mitleidenschaft gezogen werden können. Am Schutz derart wichtiger Güter besteht ein aktuelles und herausragendes Interesse der Gemeinschaft.

Bei lediglich funktionsbeeinträchtigendem Rauchen (oder unter Umständen z. B. beim funktionsbeeinträchtigendem Essen) ist ein normatives Verbot zwar wünschenswert, eine Verpflichtung des Verwaltungsträgers aber besteht trotz gesetzlichem Zulassungsanspruch des Bürgers dazu nicht, denn einerseits besitzt der einzelne noch nicht einmal einen Anspruch auf Offenhaltung oder Beibehaltung einer Einrichtung [102] und erst recht nicht auf eine bestimmte Qualität, andererseits stellt die tatsächliche Betreibung einer Einrichtung eine Maßnahme der Verwaltung dar, die teils vergleichbar mit den tatsächlichen Beschaffungen von Gütern und deren Qualität ist. Sollte dagegen die Störung eine dauerhafte und sinnvolle Benutzung offensichtlich in Frage stellen, spricht die Aktualität bzw. das öffentliche Interesse dringend für den Erlaß einer entsprechenden Rechtsnorm, soweit die Absicht besteht, die Einrichtung weiterhein langfristig zu betreiben. Ein rechtlicher Zwang für die normgebenden Organe ist allerdings nicht zu erkennen. Als weitere Beispiele sind etwa zu nennen - die Unsitte des lautstarken und störenden Redens in Bibliotheken oder während der Theatervorstellungen.

Die gleichen Konsequenzen gelten für die Bekleidungsvorschriften, ohne deren Beachtung der einzelne für den eigentlichen Zweck der Einrichtung nicht zugelassen wird. Sie dienen überwiegend der Funktionserleichterung oder der Funktionserhaltung, so z. B. das Tragen von Badekappen im Schwimmbeckenbereich [103] (zur leichteren Reinhaltung des

---

102 Vergleiche vorstehend 3.
103 Schmidt-Aßmann S. 200

Wassers) oder von bestimmten Sportschuhen (zur Schonung des Bodenmaterials). Hierzu dürfen auch die weiteren Zulassungsbestimmungen gezählt werden, denn sie entscheiden regelmäßig darüber, ob bzw. wie ein Zulassungsanspruch verwirklicht werden kann. Für den Bürger ist das von erheblicher Bedeutung und teils vergleichbar mit dem oben bei 4. erwähnten Ausschluß. In diese Kategorien fallen z. B. die Verpflichtungen, Aktentaschen vor der Benutzung in der Garderobe (des Museums oder der Bibliothek) abzugeben [104], eine Kaution oder Haftpflichtversicherung zur Abdeckung etwaiger Schäden herbeizubringen.

Ist gar trotz bestehendem Zulassungsanspruch eine Nutzung für viele wegen fehlender Kapazität auf längere Sicht nicht möglich, müssen in einer Rechtsnorm entsprechende Richtlinien festgelegt werden [105], denn andernfalls würde die Verwaltung, je größer der Überhang an potentiellen Benutzern ist, um so mehr über die Zulassung nach eigenem Gutdünken bei weitgehendem Entzug einer gerichtlichen Kontrolle entscheiden. Durch die zugelassenen Personengruppen kann die Einrichtung einen anderen Charakter erhalten. Für derart sozialgestaltende und integrierende Entscheidungen kommen wegen des demokratischen Einflußes der Vorbehaltslehre nur die Parlamente bzw. die kommunalen Repräsentativorgane in Frage [106]. Als weitere (individuelle) Gründe sprechen dafür nicht nur der Gleichheitssatz des Artikels 3 Grundgesetz, sondern vielfach auch andere Grundrechte, wie z. B. die Berufsausübungsregelung des Artikels 12 Grundgesetz und das zu ihr gehörende bundesrechtliche Gewerberecht für die gewerbliche Nutzung (bzw. Zulassung) in Hallen und auf Märkten oder auf (kommunal-veranstalteten) "Volksfesten" [107]. Anhand

---

104 Anderer Ansicht Werner Thieme, Vorbehalt S. 85

105 In diesem Sinne auch Lässig S. 20 und Pitschas S. 646 f, die sich bei gewerblichen Veranstaltungen der Kommunen (z. B. Volksfeste) für einen Vorbehalt des Gesetzes oder einen vergleichbaren Satzungsvorbehalt aussprechen.

106 Im Ergebnis ebenso BVerfGE 33,303 = NJW 1972, 1561 zur Hochschulzulassung, das insbesondere darauf hinweist, daß der Gleichheitsgedanke alleine nicht für die Bestimmung des Gerechtigkeitsmaßstabes ausreicht. Zustimmend Pietzner S. 342 ; anderer Ansicht Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 III b 3 S. 386

107 Bethge S. 580; als (erhebliche) Berufsausübungsregelung sieht auch Pitschas S. 646 die Zulassung zu Volksfesten,

der Rechtsnorm ist dann eine effektive Gerichtskontrolle möglich. - Die Ermittlung der Kapazitätsgrenze ist dagegen eine Angelegenheit der Verwaltung, die dazu aber nähere Angaben zu machen hat [108].

Zur selbständigen Regelung verbleiben der Verwaltung solche Maßnahmen, die keine besondere Bedeutung besitzen, ebenso die grundlegenden Entscheidungen auszugestalten oder Fragen, die einer besonderen Flexibilität bedürfen, wie z. B. die Katalogbenützung [109], die Feststellung, welche Bücher nur eingesehen, aber nicht ausgeliehen werden dürfen, Auskunftserteilung, Hinweise erteilen, Not- und Beschaffungsmaßnahmen [110], die Ausstellung von Berechtigungskarten, Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen gegenüber den Benutzern.

6. Abgabenregelungen

Der Grund und die Höhe von hoheitlichen Beiträgen und Benutzungsgebühren öffentlicher Einrichtungen werden heute nicht vorrangig bestimmt durch irgendwelche Umverteilungsideologien, sondern durch eine kaufmännische Tauschgerechtigkeit [111]. Im Vordergrund steht ein öffentlich-rechtliches Synallagma, das ein Mißverhältnis, orientiert am Kosten- und Nutzenprinzip, verhindern will [112]. Die öffentlichen Einrichtungen unterliegen zudem durch die Ansprüche des einzelnen

---

dagegen meint Lässig S. 20, daß es sich bei solchen Schaustellern, die ihr Gewerbe nur auf Volksfesten ausüben können (z. B. Riesenrad, Autoscooter), um Berufswahlregelungen handeln würde. Zu beachten ist bei der Zulassung zu den profitablen Volksfestveranstaltungen ebenfalls, daß die gewerbliche Zulassungsfreiheit (wie sie z. B. in § 70 Gewerbeordnung zum Ausdruck kommt) gegenüber dem kommunalen Zulassungsanspruch bei öffentlichen Einrichtungen (zugunsten ortsansäßiger Personen oder Vereinigungen) einen Vorrang besitzt, weil das gewerbliche Bundesrecht dem kommunalen Landesrecht vorgeht (vergleiche Pitschas S. 641 f und 644 ff).

108 BVerfG NJW 1972, 1561, 1567

109 Schmidt-Aßmann S. 200

110 Mallmann S. 188

111 Rüfner, Formen der öffentlichen Verwaltung S. 326; Seeger/Wunsch S. 102; vergleiche hierzu auch die Wirtschaftsgrundsätze in den Kommunalordnungen.

112 Salzwedel § 44 V S. 428 f; anderer Ansicht Werner Thieme, Vorbehalt S. 85, der gegen eine Gebühr ist, die die Kosten der Einrichtung übersteigt, also gegen eine Gewinnerzielungsabsicht des Hoheitsträgers.

einem Kontrahierungszwang, der aber nur dann sinnvoll sein kann, wenn bei der Bemessung von Entgelten eine gewisse Zurückhaltung geübt wird [113]. Geschichtlich gesehen, gehört das Recht der Abgabenbewilligung zu den vornehmsten Befugnissen der Parlamente (bzw. der kommunalen Repräsentativorgane), die ihnen nicht im eigenen Interesse übertragen wurden, sondern in dem des gesamten Volkes [114].

Die Bestimmung hoheitlicher Abgaben ist schon seit langer Zeit für die Gemeinschaft und den einzelnen eine der bedeutendsten öffentlichen Aufgaben [115]. Die Zuordnung zum Vorbehaltsbereich ist daher aus demokratischen und rechtsstaatlichen Aspekten geboten [116]. Dies drückt sich auch im Grad der Bestimmtheit aus. Die Abgabennormen sind so zu fassen, daß der Pflichtige die Abgabenlast vorausberechnen kann [117]. Sie müssen fest umrissene Tatbestände aufweisen, die weitere sachliche Differenzierungen nicht offenlassen [118]. Eine tarifliche Staffelung innerhalb der Abgabennorm bedarf einer sachlichen Rechtfertigung [119]. Eventuelle Änderungen satzungsrechtlicher (oder sonstiger normativer) Abgaben können (im Gegensatz zum privatrechtlichen Entgelt, für das eine fristgemäße Kündigung erforderlich wäre) jederzeit mit sofortiger Wirkung vollzogen werden [120].

Die entsprechenden Anforderungen auf kommunaler Ebene an diese Abgaben haben ihren Niederschlag in den Kommunalabgabengesetzen der Länder gefunden, nach denen sie nur aufgrund einer Satzung erhoben werden dürfen, die den Kreis der Abgabenschuldner, den Gegenstand, den Maßstab und den Satz der Abgabe sowie die Entstehung und die Fälligkeit der Abgabenschuld angibt [121].

---

113 Salzwedel § 46 IV S. 449
114 OVG Hamburg DVBl 1954, 260, 263
115 Vergleiche die Ausführungen bei Kapitel V 18.
116 Im Ergebnis ebenso: Geitmann S. 133; Renck S. 310; BVerfGE 13,153,160; 19,253,267; OVG Hamburg DVBl 1954, 260, 263; anderer Ansicht Werner Thieme, Vorbehalt S. 85 bezüglich der Benutzungsgebühren, die dann allerdings weiteren Voraussetzungen unterliegen.
117 BVerfGE 13,153,160; 19,253,267
118 OVG Hamburg DVBl 1954, 260, 263
119 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 V c S. 399 f
120 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 V c S. 400
121 Frotscher S. 30

7. Fürsorgepflichten und Haftungsausschluß

Wie bei allen Schuldverhältnissen so trifft auch hier die Verwaltung die Pflicht zu sorgen, daß die Benutzer der Einrichtungen nicht durch Verletzung von Bestimmungen an der Person, insbesondere der Gesundheit, und dem Vermögen geschädigt werden [122]. Wegen der vielfältigen Beziehungen bei öffentlichen Einrichtungen wird in der Literatur teilweise von einer dem Gesellschaftsverhältnis oder dem Arbeits- bzw. Beamtenverhältnis vergleichbaren Sonderverbindung gesprochen, die zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichte [123]. Regelmäßig sind diese Fürsorgepflichten des Verwaltungsträgers nur Nebenpflichten der Rechtsbeziehungen, die sich aus den gesetzlichen Bestimmungen ergeben. Sie prägen den Charakter der Einrichtung nur selten; ausnahmsweise denkbar ist dies für sächliche Verwaltungseinrichtungen [124]. Sofern sie ansonsten keine besondere Leistung des Verwaltungsträgers darstellen, rechtfertigt sich die Annahme eines Vorbehalts nicht. Nicht anders verhält es sich im Grundsatz mit der Fürsorgepflicht des Benutzers.

Für entstandene Schäden haben die Träger öffentlicher Einrichtungen gemäß Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB sowie nach den Regeln verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse entsprechend den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches einzustehen. Mit der Bezeichnung "grundsätzlich" in Art. 34 GG wird die Möglichkeit eröffnet, die Haftung einzuschränken. Geschehen kann das durch eine kommunale Satzung, falls eine besondere gesetzliche Grundlage vorhanden ist [125]. Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis darf auch für die Einrichtungen mit Monopolstellungen auf die Haftung von Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden, soweit dies durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist und den Benutzern keine unverhältnismäßigen Opfern abverlangt werden [126]. Im

---

122 Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 IV d 1 S. 397
123 Lange S. 184
124 Garderobenaufbewahrungen sind aber nur Nebenpflichten - vergleiche Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 V f S. 401
125 Frotscher S. 30 mit weiteren Nachweisen
126 Seeger/Wunsch S. 101; Wolff, Verwaltungsrecht II § 99 V f S. 401; BGHZ 61,7; Bedenken gegen einen Haftungsausschluß ohne gesetzliche Ermächtigung äußert Werner Thieme, Vorbehalt S. 85

Falle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gibt es keine sachlich gerechtfertigten Gründe für den Haftungsausschluß, bzw. sie würden im Widerspruch zu den allgemeinen fürsorglichen Aufgaben der Hoheitsträgern stehen [127]. - Nicht anders ist die Situation bei der Festlegung einer Haftungshöchstgrenze zu beurteilen [128]. In diesen Bereichen genügen Verwaltungsvorschriften schon wegen der finanziellen Bedeutung für den einzelnen und die Gemeinschaft nicht den Ansprüchen des Vorbehaltsprinzips. Als Ausnahmevorschriften wirken eventuelle Unbestimmtheitsfaktoren eines satzungsrechtlichen Haftungsausschlußes zu Lasten des Hoheitsträgers [129], weshalb gerade auf diesem Sektor unzweideutige Formulierungen angebracht erscheinen.

---

127 Frotscher S. 29

128 Vergleiche OVG Münster OVGE 18,153,162, falls etwa bei Gefahr einer hohen Haftungssumme die entgeltlichen hoheitlichen Leistungen finanziell für die potentiellen Benutzer nicht mehr zumutbar wären.

129 Frotscher S. 28

Kapitel IX: Thesen

1) Beim Vorbehalt des Gesetzes ist die Wesentlichkeitstheorie gegenüber den mit klareren Abgrenzungskriterien ausgestatteten Lehren des Eingriffs- und des Totalvorbehalts vorzuziehen.

2) Die Wesentlichkeitstheorie berücksichtigt am weitesten die Wertungen des Grundgesetzes und aktualisiert das Grundgesetz; es mangelt ihr aber an klaren Abgrenzungen.

3) Bei der Wesentlichkeitstheorie ist nicht zwischen (belastender) Eingriffs- und (begünstigender) Leistungshandlung zu unterscheiden.

4) Aus der Wesentlichkeitstheorie lassen sich nur Abgrenzungsanzeichen (als Indizien) ermitteln.

5) Als Abgrenzungsanzeichen im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie können folgende Elemente nutzbar gemacht werden:
- die Grundrechtsbetroffenheit ("Intensität") des einzelnen,
- die Bedeutung der Gemeinschaftsrechte bzw. Gemeinschaftswerte,
- die Größe des betroffenen Personenkreises,
- die Bedeutung des zu regelnden Rechtsgebietes,
- die politische Aktualität der Themen,
- die finanziellen Auswirkungen auf die Gemeinschafts- und Individualinteressen,
- die Absicht erheblicher oder ungewöhnlicher Änderungen,
- die sozialgestaltende Wirkung hoheitlicher Regelungen und
- die Dauer der Regelung.

Untergeordnete Abgrenzungsanzeichen sind dagegen:
- die unmittelbare Wirkung hoheitlicher Maßnahmen,
- der Gedanke politischer Bedeutsamkeit im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG und
- die speziellen (bzw. fehlenden) Arten der Grundrechtsvorbehalte.

6) Der Werttheorie ist kein Wertrangsystem zu entnehmen, das für die Unterscheidung von "wesentlichen" und "unwesent-

lichen" Regelungen nutzbar gemacht werden könnte.

7) Die Wesentlichkeitstheorie dient auch zur Präzisierung des Bestimmtheitsgebotes.

8) Bei der Ermittlung des Bestimmtheitsgebotes sind folgende Faktoren neben den bei 5) (als bedeutenderen) genannten Abgrenzungsanzeichen (wobei die erwähnte Dauerhaftigkeit nur eine geringe Bedeutung besitzt) heranzuziehen:
- technische Angelegenheiten,
- die Möglichkeit begrifflicher Umschreibung,
- (allgemeine) planerische Gestaltungen,
- die (innere) Gestaltung der Verwaltung und
- die Flexibilität des Sachbereiches.

9) Trotz der vielfältigen Indizien zur Wesentlichkeitstheorie ist letztlich eine Gesamtbetrachtung unerläßlich, um insbesondere die Folge eines Totalvorbehalts zu vermeiden.

10) Die Grundsätze der Wesentlichkeitstheorie gelten auch im Bereich des kommunalen Satzungsrechts, sowohl bei der Übertragung des Satzungsrechts, als auch bei der Ausübung des Satzungsrechts. Die Abgrenzung von Pflichtaufgaben zu freiwilligen Aufgaben einer Kommune besitzt dabei nur eine nachrangige Bedeutung.

11) Die öffentlichen Einrichtungen (bzw. Anstalten) unterliegen unabhängig vom Anstaltsträger (staatlicher oder kommunaler) dem Vorbehalt des Gesetzes (bzw. dem Satzungsvorbehalt). Einen vorbehaltsfreien Bereich läßt sich für die öffentlichen Einrichtungen durch die Organisationsgewalt oder das besondere Gewaltverhältnis oder andere Rechtslehren nicht mehr begründen.

12) Inwieweit die einzelnen Nutzungsregelungen öffentlicher Einrichtungen zum Vorbehaltsbereich gehören, hängt maßgeblich vom Zweck der Einrichtung ab.

Lebenslauf

Am 13. Mai 1950 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Walter Clement und dessen Ehefrau Anna, geborene Wassermann, in Heilbronn geboren und erhielt mit der Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule und der Handelsschule Merkur in Heilbronn erwarb ich 1968 die mittlere Reife. Während meiner Ausbildung im gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienst, den ich nach 5 Trimester an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in Stuttgart am 18. Juli 1974 als Diplom-Verwaltungswirt (FH) beendete, erlangte ich die Hochschulreife. Am 5. Dezember 1980 legte ich im 11. Semester des juristischen Studiums an der Universität Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung ab, die Zweite juristische Staatsprüfung am 28. Juni 1983 nach vorangegangenem Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Heilbronn.